

de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Assim, para o Pretório Excelso inadmissível é o recurso extraordinário sem o prequestionamento *na decisão recorrida*, e se a questão foi discutida nos autos, mas não consta da decisão, a esta *deveriam ter sido opostos embargos declaratórios* para provocar o referido prequestionamento. A prevalecer, entretanto, a tese abraçada pela douda maioria, muita vez ficaria o vencido sem meios de corrigir possível injustiça: bastaria, para que fechadas lhe fôssem as portas do Excelso Supremo

Tribunal Federal, que a decisão recorrida *silenciasse* quanto à “federal question” que, discutida e rejeitada, pudesse dar ensejo ao apêlo extremo. O mesmo poderia se dar com relação a um possível recurso de revista. Daí o acêrto da advertência de PONTES DE MIRANDA: “Os juizes e tribunais devem atender, com largueza, aos pedidos de declaração, tanto mais que pode haver sutileza que influa na eficácia da decisão, e o juiz ou tribunal não conheça o interesse das partes em eliminá-la ou fazê-la explícita” (op. e vol. cit., página 113). — *Luís Antônio de Andrade*.

## CONTRATO DE LOCAÇÃO, REGIDO PELA LEI DE LUVAS, EM FACE DA EXTINÇÃO DO USUFRUTO

*O nu-proprietário é obrigado a respeitar o contrato locativo amparado pela lei de luvás e acordado com o usufrutuário, desde que o antigo locador não se haja excedido nos seus direitos de contratar.*

### APELAÇÃO CÍVEL N.º 68.744

Tribunal de Justiça da Guanabara  
(Oitava Câmara Cível)

Lafayette Silveira Martins Rodrigues Pereira *versus* Mobiliária Família Unida Ltda.

Relator: Des. Graccho Aurélio.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 68.744, em que são apelantes — Lafayette Silveira Martins Rodrigues Pereira e outros e é apelada — Mobiliária Família Unida Ltda.:

Acordam os Juizes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, negar provimento ao apêlo.

Sustentam os recorrentes que o saudoso Conselheiro Lafayette havia instituído usufruto e não fideicomisso na verba testamentária transcrita a fls. 9 e que, por isso, não estariam êles obrigados a respeitar o contrato locativo acordado com a usufrutuária, pois o bem deveria chegar-lhe às mãos desembaraçado de qualquer ônus, após a extinção do usufruto.

A solução do caso, porém, não depende da interpretação do testamento deixado pelo eminente juriconsulto, que, por sinal, não iria confundir os dois institutos jurídicos.

A Câmara, em face da lacuna legal, procurou adotar uma solução que comparasse não só os direitos dos nus-proprietários, como também os da usufrutuária e da locatária.

Ao reconhecer a oponibilidade do contrato locativo aos nus-proprietários, maculado não ficou o domínio, de vez que os novos locadores passaram a perceber aluguel justo, suscetível de correção monetária, na forma do artigo 31 da lei de luvás. Se os novos locadores necessitassem do prédio, poderiam tê-lo retomado, invocando o artigo 8.º, letra “e”, da lei citada.

Por outro lado, não foram olvidados os interesses do locatário, cuja freguesia e ponto devem ser preservados.

A adoção da tese esposada pelos recorrentes teria frustrado, ademais, o gozo do imóvel pela usufrutuária, que, não desejando usá-lo, não teria encontrado inquilino que assumisse o risco de ter o seu contrato rescindido de plano, em data incerta, no momento da morte da locadora.

É verdade que preeminentes intérpretes do nosso direito substantivo têm sustentado que o óbito do locador usufrutuário rompe o contrato locativo.

Esses juristas se apoiaram no conhecido ensinamento de ULPIANO, expresso no livro XXXII *ad Edictum*, D. 19.2.9.1, enunciado em época de predominância da propriedade imóvel.

Na era da industrialização, porém, devem ser também atendidas as reivindicações das empresas, cujos direitos são tão ou mais relevantes que os do proprietário do prédio (BUZARD, *Da Ação Renovatória*, n.º 121).

O Código francês, promulgado sob a inspiração do liberalismo econômico, e o italiano de 1942, nos seus arts. 595 e 999, admitiram, respectivamente, a oponibilidade do contrato ao nu-proprietário durante 9 e 5 anos, não havendo razão impeditiva de solução semelhante em nosso país, que procura sair da fase da monocultura agrícola para ingressar em próspera industrialização.

É de notar que a decisão desta E. Câmara nem sequer pode ser acoiada de afoita ou prematura, pois o Colendo Supremo Tribunal Federal, na sua constituição plena, com apenas dois votos discrepantes, já decidiu no mesmo sentido, como informa o julgado de sua Colenda 2.ª Turma, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 49, pág. 76.

O vigente Código Civil Brasileiro

não contém disposição idêntica à do § 1.056 do Código alemão, de modo que a jurisprudência deve firmar-se, *data venia*, na direção que melhor sirva aos altos interesses em confronto.

É de notar, finalmente, que o contrato locativo foi respeitado durante dois anos pelos nus-proprietários, não sendo lícito admitir a validade do contrato apenas para certos efeitos (acórdão publicado no *D. Just.* de 25-3-42, pág. 913).

Bem andou, por isso, a respeitável sentença apelada em julgar procedentes a consignatória e a ação de renovação, e improcedente o despejo fundado no art. 3.º do Decreto-lei n.º 4.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 1970. — Des. *Graccho Aurélio*, Presidente e Relator designado. — Des. *Basileu Ribeiro Filho*, Relator vencido, com voto em separado. — Des. *Eduardo Jara*, Vogal, no impedimento do Des. *Luís Antônio de Andrade*.

#### VOTO VENCIDO

Divergi da ilustre maioria, *data venia*, pelas seguintes razões:

Do mesmo modo que o nu-proprietário não sucede ao usufrutário, por ocasião da extinção do usufruto, o fideicomissário não sucede ao fiduciário por ocasião do implemento da condição. “O fideicomissário recebe os bens fideicometidos não do fiduciário, mas do próprio fideicomitente (*capit a gravante, non a gravato*)” (\*). Assim como o direito do nu-proprietário nasce com o do usufrutário e com êle coexiste, o do fideicomissário nasce com o do fiduciário e, também, com êle coexiste. Desde a instituição do fideicomisso nasce em favor do fideicomissário — ainda que se trate de pessoa futura — um direito sob condição suspensiva, assim como se cria em favor do fiduciário um direito sob condição resolu-

(\*) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 6.º vol., pág. 219, 5.ª edição.

tiva. Esse caráter resolúvel do direito do fiduciário faz com que os ônus por êle criados sejam também resolúveis e não se transmitam ao fideicomissário, êste, nos termos do art. 1.737 do Código Civil: "responde pelos encargos da herança que ainda restarem, quando vier à sucessão", isto é, encargos criados pelo fideicomitente.

Em suma, a essência mesma dos institutos do usufruto e do fideicomisso, em que não há aquisição *derivada*, nem por parte do nu-proprietário, nem por parte do fideicomissário, conduz à conclusão de que contra êles não prevalece a locação estipulada pelo usufrutuário ou pelo fiduciário.

É êsse o entendimento praticamente pacífico de nossa doutrina e de nossa Jurisprudência. Quanto à doutrina, cabe destacar dentro das numerosas citações das razões do recurso, o seguinte ensinamento de PONTES DE MIRANDA, *in Tratado de Direito Privado*, Tomo XXI, pág. 87: "Não se diga que o usufrutuário não podia fazer contrato, cuja renovação pudesse vir a invadir o tempo em que não mais fôsse usufrutuário. O que êle não poderia fazer seria contrato de locação para além do tempo em que fôsse usufrutuário. Se foi feito, *por ser incerto quando cessaria o usufruto, é ineficaz o contrato, após o dia da cessação do usufruto, tal como se dá com os contratos feitos pelo fiduciário*". O eminente Desembargador LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, na obra citada nas razões de recurso é categórico: "Em se tratando de fideicomisso, na locação contratada pelo fiduciário, a posição do fideicomissário é idêntica à do nu-proprietário, na locação ajustada pelo usufrutuário".

Nossa Jurisprudência, também, tradicionalmente acolhe essa conclusão a que, *data venia*, não se pode fugir desde que se respeite a natureza jurídica dos institutos em questão. Lembraremos a decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal citada por PONTES DE MIRANDA, no trecho mencionado e na Jus-

tiça local, a decisão da Eg. 5.<sup>a</sup> Câmara Cível, na Apelação Cível número 54.228, publicada na *Revista de Jurisprudência*, vol. 21, pág. 134.

A conclusão oposta, acolhida pela douta maioria, se inspira em argumentos que poderiam ser válidos, *data venia*, "de lege ferenda" e não diante da legislação vigente.

Em primeiro lugar, a invocação dos arts. 595 e 999, respectivamente, dos Códigos francês e italiano, vem, *data venia*, favorecer o ponto de vista tradicional demonstrando que da natureza dos institutos decorre inevitavelmente a extinção da locação tendo por isto o legislador que quis dar à hipótese um tratamento de equidade sentido a necessidade de *uma disposição específica* para êsse fim. A *contrario sensu*, num sistema como o nosso, em que não há disposição análoga, a prorrogação da locação, após a extinção do usufruto ou do fideicomisso seria "contra legem".

Em segundo lugar, a solução tradicional não se inspira no direito antigo, anterior à época da industrialização e à proteção do fundo de comércio. É sintomático notar que a Lei de Luvas nenhuma alteração trouxe ao sistema, na matéria; do mesmo modo o C. Processo Civil que manteve os mesmos princípios do C. Civil, quanto à oponibilidade da locação comercial ao terceiro adquirente, no seu art. 356.

Enfim, quanto ao aspecto da *boa fé*, com o qual sempre se deve impressionar o julgador, não se deve esquecer que transcrição do título da fiduciária locadora contém a cláusula instituída no testamento do Conselheiro Lafayette não podendo a locatária alegar o desconhecimento de sua existência.

Quanto ao fato de os Apelantes haverem continuado a receber aluguéis após a extinção da instituição testamentária (seja ela usufruto ou fideicomisso), não cabe a aplicação por analogia do disposto no art. 1.195, do C. Civil. O que ali se prevê é o término do prazo do contrato de locação,

continuando o locatário na posse da coisa sem oposição do locador. No caso dos autos, como se viu, os Apelantes não eram locadores. O fato de a lei fazer decorrer da mencionada tolerância, a prorrogação de uma locação pré-existente, não autoriza que dessa tolerância se faça nascer uma locação

até então inexistente. Ainda que assim fôsse, tratar-se-ia de uma locação sem prazo determinado, excluída do regime da Lei de Luvras e sujeita à denúncia vazia, do art. 40, III, do Decreto-lei n.º 4.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1970.  
— Basileu Ribeiro Filho.

## Jurisprudência Criminal

### TENTATIVA DE FURTO

*"Flúidos, como bem realça o REINHART MAURACH (in "Deutsches Strafrecht", parte especial, 2.ª edição, ano de 1956, pág. 188) são os limites entre os atos preparatórios e a tentativa no crime de furto, mas a tendência jurisprudencial é concluir a favor da última. Comete tentativa de furto qualificado o indivíduo reincidente específico, que, na calada da noite, é preso em flagrante, quando fazia um orifício na parede, para ingressar no interior de estabelecimento comercial fechado."*

#### APELAÇÃO CRIMINAL N.º 52.207

Tribunal de Justiça da Guanabara  
(Primeira Câmara Criminal)

José Antonio Trindade *versus* Ministério Público.

Relator: Des. Alcino Pinto Falcão.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Criminal n.º 52.207, em que é apelante José Antonio Trindade e apelada a Justiça:

Sem voto discrepante — na forma regimental integrado neste o Relatório adunado a fls. 85v. e o Parecer de fô-lhas 79/82 — acordam os Juizes da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em

conhecer da apelação e negar-lhe provimento. Custas da lei.

E isso, porque:

1.º) *Quanto à preliminar de intempestividade*: de fato o acusado foi intimado da sentença a 5 de março de 1968 (fls. 71v.) e a apelação foi despachada pelo Dr. Juiz aos 13 do mesmo mês (fls. 72).

Sucedo que o apelante não indicara defensor e estava prêso; sua apelação foi encaminhada (fls. 72) por ofício datado de 7 (sete) e, assim, o apelante não pode ser responsável pelo atraso do serviço penitenciário.

2.º) *No que tange ao mérito*: sem dúvida o laudo de fls. 58/59 está longe de merecer encômios, afirmando que o apelante conseguiu entrar no estabelecimento, pelo buraco feito com violência, quando não chegou a fazê-lo, por ter sido prêso em flagrante. Mas o laudo, no ponto essencial, serve para os fins para que foi solicitado: verificar o arrombamento, com violência. E isto foi acertado no laudo.

Respeito a tratar-se de atos preparatórios e não de tentativa, não obstante o brilho da apelação, a razão está com a douta Procuradoria Geral.

A Jurisprudência dos países cultos, nessas hipóteses, tem-se inclinado pelo reconhecimento de tentativa de furto, como bem destaca o emérito professor da Universidade de Munique, no livro citado na ementa suso formulada.