

## PARECER – QUESTÃO 2

Trata-se de análise dos recursos interpostos na fase de padrão de respostas das questões discursivas (P2 Questão 2) do concurso em epígrafe.

Realizada a leitura atenciosa de todas as alegações e todos os respectivos fundamentos apresentados nos recursos interpostos pelos candidatos no certame, passa-se a emitir o seguinte parecer:

### 1 OBJETO DA ANÁLISE

Excelentíssimos Desembargadores, Membros da Comissão de Concurso e Comissão Examinadora do TJBA

Em atenção aos recursos interpostos na fase de padrão de respostas das questões discursivas do concurso em epígrafe, passo a analisar e emitir o seguinte parecer.

Cuida o presente parecer de analisar as observações e os argumentos trazidos nos recursos pelos senhores candidatos, com o fim de verificar a necessidade de alterações ao modelo-padrão de respostas, elaborado antes da aplicação das provas e que deve ser seguido para a correção das provas discursivas. Nesse sentido, busca-se sopesar as alegações e analisar a viabilidade de se atender ao fundamento dos requerimentos, em confronto aos ensinamentos da doutrina e dos normativos utilizados para embasar o padrão de respostas.

Preliminarmente, cumpre assinalar que, em regra, os recursos são elaborados por candidatos que pretendem incluir no padrão de respostas elementos, reflexões ou interpretações que se coadunem com o texto elaborado no dia da prova discursiva, com o fim de tornar adequada e legítima sua própria argumentação ali esposada. Em outros termos, de certo modo, inverter a lógica examinador/examinado, com efeitos, inclusive, em relação a candidatos que tenham apresentado a resposta condizente com o padrão inicialmente pensado e apresentado pelo examinador.

Neste particular, não compete aos candidatos questionar quanto à discricionariedade e à independência dos Membros da Comissão de Concurso e Comissão Examinadora para tentar fazer ingerência no conteúdo exigido – devidamente previsto no edital – ou mesmo nas pontuações atribuídas a cada item, nos estritos termos do EDITAL Nº 1 – TJBA – JUIZ SUBSTITUTO, DE 26 DE SETEMBRO DE 2018.

Não se olvida que, expressamente, o edital do certame indica, no subitem 9.8 - DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS ESCRITAS (P2 E P3), a forma de cálculo a ser seguida:

9.8.1 As provas escritas têm o objetivo de avaliar o conteúdo – conhecimento do tema, a capacidade de expressão na modalidade escrita e o uso das normas do registro formal culto da Língua Portuguesa. O candidato deverá produzir os textos primando pela coerência e pela coesão.

(...)

9.8.2.1 As quatro questões versarão sobre as matérias discriminadas no quadro de provas constante do subitem 7.1.1 deste edital, sendo uma questão relativa a Noções Gerais de Direito e Formação Humanística (Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética e Estatuto Jurídico da

Magistratura Nacional, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política) e três questões sobre pontos específicos do programa para Juiz Substituto do TJBA.

9.8.2.2 Cada uma das quatro questões da primeira prova escrita (P2) valerá 2,50 pontos, totalizando 10,00 pontos, e será avaliada conforme os critérios a seguir:

a) a apresentação textual, a estrutura textual e o desenvolvimento do tema comporão a nota relativa ao domínio do conteúdo ( $NCi$ ), cuja pontuação máxima será limitada ao valor de 2,50 pontos, em que  $i = 1, 2, 3$  e  $4$ ;

b) a avaliação do domínio da modalidade escrita totalizará o número de erros ( $NEi$ ) do candidato, considerando-se aspectos de natureza gramatical, tais como ortografia, morfossintaxe, propriedade vocabular e pontuação;

c) será desconsiderado, para efeito de avaliação, qualquer fragmento de texto que for escrito fora do local apropriado ou ultrapassar o número máximo de linhas estabelecido;

d) será calculada, então, a nota em cada questão ( $NQi$ ) pela fórmula  $NQi = NCi - 2 \times NEi \div TLi$ , em que  $TLi$  corresponde ao número de linhas efetivamente escritas pelo candidato na resposta à questão proposta;

e) será atribuída nota zero ao texto que obtiver  $NQi$  inferior a zero;

f) a nota final na prova escrita discursiva P2 ( $NFPE2$ ) será calculada por meio da seguinte fórmula:  $NFPE1 = NQ1 + NQ2 + NQ3 + NQ4$ ;

g) será eliminado o candidato que obtiver  $NFPE1 < 6,00$  pontos.

Por esses motivos, os recursos que questionam sobre o conteúdo exigido ou sobre o valor atribuído a cada quesito da questão são completamente desarrazoados e ferem frontalmente não só a independência da Banca Examinadora, mas os critérios previstos no edital.

## 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS RELEVANTES

A questão estava assim redigida:

Tarcísio celebrou, em março de 2015, contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, em regime de incorporação imobiliária, com determinada vendedora/construtora, tendo sido pactuado que a entrega do imóvel ocorreria em março de 2017, com a possibilidade de prorrogação desse prazo por até cento e oitenta dias. Em novembro de 2018, como o imóvel ainda não havia sido entregue por culpa exclusiva do promitente vendedor, Tarcísio ajuizou ação para rescindir o contrato de promessa de compra e venda, por inadimplemento contratual. Entre outros pedidos, requereu, (i) a declaração da rescisão, (ii) a restituição integral das parcelas já pagas e (iii) a indenização a título de lucros cessantes, porque sua pretensão era passar a residir em imóvel próprio para deixar de pagar aluguel. Em contestação, a ré sustentou não ser cabível a rescisão do contrato, pois adimpliu substancialmente a obrigação contratada, uma vez que, quando o autor ingressou com a ação, a edificação estava 94,5% concluída. Argumentou que, mesmo que se entendesse pela possibilidade da rescisão, o pedido de restituição das parcelas pagas não deveria ocorrer de forma integral, mas com retenção de 10% a 25% dos valores, para justa indenização dos prejuízos decorrentes da resolução contratual. Sustentou, também, que os lucros cessantes não haviam sido demonstrados pela apresentação de contrato de locação ou outro documento que indicasse que o autor gastou com alugueres em razão da não entrega do imóvel. Considerando a jurisprudência do STJ, redija um texto respondendo, de forma justificada, aos seguintes questionamentos, acerca da situação hipotética apresentada.

1. A teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada nesse caso, haja vista a alegação da ré de que a edificação estava 94,5% concluída quando Tarcísio ajuizou a ação? Em sua resposta, aborde o conceito dessa teoria e os requisitos jurisprudenciais para sua aplicação. [valor: 0,90 ponto]

2. Conforme a sistemática de perdas e danos estabelecida no Código Civil, qual é a natureza jurídica — fundamento jurídico e legal — do pedido de restituição das parcelas pagas por Tarcísio? No caso, conforme entendimento do STJ, qual deverá ser a extensão (integral ou com abatimento) de restituição perseguida? [valor: 0,70 ponto]

3. Mesmo Tarcísio não tendo juntado aos autos comprovante que indicasse o gasto que teve com alugueres, os lucros cessantes ainda assim serão devidos, de acordo com o entendimento do STJ? [valor: 0,80 ponto]

Os recursos apresentados da questão estão centrados em dois grupos: **1)** inclusão de conteúdos adicionais no padrão de respostas (ex: admitir a aplicação da teoria do adimplemento substancial no item 1; considerar outros conceitos acerca da teoria do adimplemento substancial que tenham relação com o apresentado no padrão de respostas; colocação no padrão de respostas as leis 4.591/64 e 13.786/18; colocar no padrão de respostas a menção ao art. 475 do CC; colocar no padrão de respostas a menção ao CDC; colocar no padrão de respostas menções à boa-fé e função social do contrato); **2)** modificação ou inclusão de gradação de pontuação em relação a itens específicos.

Como afirmado, os recursos que questionam o conteúdo exigido (com pedido de modificação, com inclusão ou exclusão de temas) ou o valor atribuído a cada item da questão, em princípio, ferem frontalmente não só a independência da Banca Examinadora, mas os critérios previstos no edital. Dito isto, passamos a expor algumas considerações específicas sobre os tópicos cobrados.

Alguns recursos pugnaram a colocação no padrão de respostas do debate acerca da lei 4.591/64 e 13.786/18. Ocorre que o comando da questão não pedia isso, em nenhum dos tópicos. Ademais, a última legislação supracitada é posterior à publicação do edital.

Outros recursos pedem para considerar a menção a dispositivos do CDC. Contudo, a questão possuía comando específico sobre posicionamento do STJ acerca da teoria do adimplemento substancial, acerca da natureza do pedido de restituição das parcelas pagas e sobre lucros cessantes. São temas ligados à teoria geral do direito civil. Portanto, menção a dispositivos do CDC se mostra, para o que pedia a questão, desnecessária.

### **Item 1 – Aplicação da teoria do adimplemento substancial, segundo o STJ: conceito e requisitos jurisprudenciais**

Nesse ponto, é importante mencionar que alguns recursos pediram para admitir como resposta a aplicação da teoria do adimplemento substancial ao caso. Ocorre, contudo, que a questão se baseia em precedente do STJ, o qual reconheceu que a jurisprudência da referida Corte não admitia a aplicação da teoria do adimplemento substancial. O comando da questão especificava que o candidato deveria tratar da referida teoria de acordo com o entendimento jurisprudencial do STJ.

Alguns recursos pedem para considerar outros conceitos acerca da teoria do adimplemento substancial que tenham relação com a definição apresentada no padrão de respostas. É certo que o padrão de resposta é um norte para o corretor; contudo, por óbvio, os corretores, acostumados com essa atividade, não exigem as definições *ipsi litteris* dos padrões de resposta, mas as considerações que tenham relação semântica com a definição. Seria inviável a colocação de todas as definições doutrinárias e constantes dos julgados do STJ sobre o tema, optando-se por uma definição consagrada. Caberá à banca avaliar se a definição apresentada pelo candidato carrega elementos do significado apresentado no padrão de resposta.

Por outro lado, alguns recursos pedem para que o padrão de resposta admita outros argumentos sobre a não aplicação da teoria do adimplemento substancial, além do fato de que a obrigação não pode ser fracionada. Pede-se, por exemplo, a admissão da menção aos princípios da boa-fé e função social como fundamentos da teoria do adimplemento substancial, bem como aceitação da menção ao tempo de atraso na entrega (mais de 1 ano) como fundamento para não aplicação da teoria do adimplemento substancial, tendo em vista a ofensa às legítimas expectativas do promitente-comprador. Nesse ponto, entendo que, com vistas a melhor objetivar o padrão de resposta, é possível adaptar o padrão para incluir a menção à ofensa aos princípios da boa-fé e função social, aliado ao tempo de atraso na entrega, como fatores para não aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso.

Assim, proponho a seguinte redistribuição do item 1 do quesito 2.1, passando a constar a seguinte redação:

**Quesito 2.1** Aplicação da teoria do adimplemento substancial, segundo o STJ: conceito e requisitos jurisprudenciais. **[valor: 0,90 ponto]**

0 – Não abordou o assunto.

1 – Conceito de teoria do adimplemento substancial: o candidato respondeu que, ao caso, segundo entendimento do STJ, não se aplica a teoria do adimplemento substancial, porque a obrigação do vendedor para com o adquirente não pode ser fracionada e/ou porque o tempo de atraso na entrega (mais de 1 ano) ofendeu o princípio da boa-fé (legítimas expectativas do promitente-comprador) e função social do contrato **[valor: 0,30 ponto]**

Portanto, **opina-se pelo parcial deferimento dos recursos quanto ao quesito 2.1**, para fins de constar a redação acima colacionada.

**Item 2 - Natureza jurídica — fundamento jurídico e legal — do pedido de restituição das parcelas pagas por Tarcísio, conforme Código Civil, e extensão da restituição a ser perseguida, conforme entendimento do STJ**

O segundo item, por sua vez, exigia que o candidato, com base no entendimento jurisprudencial do STJ e Código Civil, abordasse qual a natureza jurídica — fundamento jurídico e legal — do pedido de restituição das parcelas pagas por Tarcísio, bem como a extensão (integral ou com abatimento) de restituição perseguida.

Nesse íterim, os recursos pediram duas ordens de modificações: o acréscimo do art. 475 do CC no quesito 2.2; a admissão da argumentação de que natureza jurídica do pedido de restituição também seria a vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Em relação aos pedidos no sentido do acréscimo do art. 475 do CC na planilha de correção, é de se admitir para fins de melhor objetivação do padrão de correção. De fato, o referido artigo também aborda a indenização pelas perdas e pelos danos decorrentes da resolução por inadimplemento.

Por sua vez, sobre a vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC) como sendo a natureza jurídica do pedido de restituição, é importante dizer que, na doutrina e no ordenamento jurídico, o dano material/patrimonial, na modalidade de danos emergentes não se confunde com a vedação ao enriquecimento sem causa. O Conselho da Justiça Federal, inclusive, tem enunciado sobre o tema, *verbis*: “A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”. Extrai-se, do referido enunciado, que o enriquecimento sem causa deve se aplicar para casos em que os negócios jurídicos celebrados não passem pelo crivo da validade e da eficácia, ou seja, ainda no âmbito da sua formação. Por exemplo, quando se declara a nulidade de alguma cláusula contratual e, por consequência, pede-se a devolução do que fora pago em razão dela, é caso de ausência de uma causa jurídica para o enriquecimento (pois o que é nulo não deve produzir efeitos). Já quando se busca a restituição de parcelas pagas pela resolução por inadimplemento, estamos no âmbito da execução do contrato, que é desfeito no curso execução, após sua formação. Aqui, portanto, embora tenha havido causa jurídica para as cobranças, a restituição do que se pagou se dá a título de perdas e danos, por danos emergentes.

Contudo, há de se ponderar que o comando da questão pedia o posicionamento jurisprudencial do STJ. E, conforme alguns julgados mencionados nos recursos interpostos, o STJ mistura os conceitos de danos emergentes e enriquecimento sem causa. Portanto, deve-se aceitar como fundamentação que a natureza jurídica do pedido de restituição também poderia ser a vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Assim, proponho a seguinte redação do item 1 do quesito 2.2:

**Quesito 2.2** Natureza jurídica — fundamento jurídico e legal — do pedido de restituição das parcelas pagas por Tarcísio, conforme Código Civil, e extensão da restituição a ser perseguida, conforme entendimento do STJ. [valor: 0,70 ponto]

0 – Não abordou o assunto.

1 – O candidato informou que o pedido de restituição das parcelas pagas tem natureza jurídica de dano material/patrimonial, na modalidade de danos emergentes, e mencionar que o fundamento legal se encontra no art. 402 e/ou 475 do Código Civil; ou, alternativamente, informou que a natureza jurídica do pedido de restituição também poderia ser a vedação do enriquecimento sem causa (art. 884, CC). [valor: 0,35 ponto]

**Pelo exposto, opina-se pelo parcial deferimento dos recursos quanto ao quesito 2.2.**

**Item 3 – Cabimento ou não dos lucros cessantes ao caso, segundo entendimento do STJ.**

Os recursos quanto a este item buscam a retirada da fundamentação acerca da forma de cálculo dos lucros cessantes (média do aluguel que o comprador deixaria de pagar). Outros recursos pedem para se considerar a resposta oposta ao padrão inicial, qual seja, de que seria necessária a indicação dos gastos com alugueres, pois o prejuízo a título de lucros cessantes não pode ser presumido.

Nesse aspecto, em relação à retirada da fundamentação acerca da forma de cálculo dos lucros cessantes (média do aluguel que o comprador deixaria de pagar), é certo que os recursos apontaram divergência no âmbito do STJ sobre o tema. Portanto, a retirada do trecho pode ser realizada sem prejuízos à planilha de correção, pois ela já não apontava este aspecto, como se pode perceber:

Quesito 2.3 Cabimento ou não dos lucros cessantes ao caso, segundo entendimento do STJ [valor: 0,80 ponto]

0 – Não abordou o assunto.

1 – O candidato respondeu que, segundo o STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja o pagamento de indenização por lucro cessante durante o período de mora do promitente vendedor, porque o prejuízo do promitente comprador é presumido.

Por outro lado, em relação à aceitação do argumento contrário, não há de se admitir, tendo em vista que o comando da questão buscava o posicionamento do STJ sobre uma relação jurídica específica: necessidade de comprovação ou não de gastos com alugueres, pelo promitente comprador, para recebimento dos lucros cessantes, em razão da resolução da promessa de compra e venda do imóvel por culpa do promitente vendedor. Os julgados que os candidatos colocam sobre casos em que o STJ exigiu comprovação, para pedido de lucros cessantes, tratam de relações jurídicas diversas.

Assim, **opina-se pelo parcial deferimento dos recursos quanto ao quesito 2.3, apenas para retirar** da fundamentação do padrão de respostas a forma de cálculo dos lucros cessantes (média do aluguel que o comprador deixaria de pagar).

#### **4 CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, em acurada análise dos recursos, acata-se parcialmente os argumentos apresentados e nega-se provimento aos demais argumentos, por não aplicáveis ou não fundamentados.