



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

AVALIAÇÃO TEORIA GERAL DE DIREITO PRIVADO I-

1º SEMESTRE 2021- 1º ANO

PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

PROVA 1 - TURMAS 11/12

**Com base no caso abaixo, responda as perguntas de 1 a 4:**

Determinada pessoa jurídica de direito privado, interessada na edificação de um parque de diversões aquático, celebra com outra, contrato pelo qual a contratada se obriga a adquirir área imóvel, edificar o parque e, em seguida, locar com exclusividade o espaço à primeira. O contrato é celebrado em 12.12.2011.

Pelo instrumento contratual de locação na modalidade *build to suit*, como é conhecido o negócio na prática empresarial contemporânea, a locatária, que operará o parque de diversões, renuncia a diversos direitos decorrentes da natureza do contrato, como o direito de rever os aluguéis previsto no art. 19 da Lei nº 8.245/1991.

Entretanto, passados seis meses, o valor do aluguel se mostra exorbitante para a locatária, que tem dificuldades em honrar com esta prestação, especialmente diante do fato de que o empreendimento não provoca a atração de tantos clientes quanto projetado no plano de negócios da empresa.

Diante disto, pergunta-se:

1. A Lei nº 12.744/2012, publicada no Diário Oficial da União em 20.12.2012, aplica-se a contratos de locação celebrados antes de sua vigência ao contrato de locação em questão? Por quê?

R: Não se aplicará, em razão do princípio da irretroatividade das leis. As leis se aplicam apenas ao presente e ao futuro (eficácia da norma no tempo). O princípio geral das leis é a **irretroatividade da norma jurídica**; ou seja, a norma, geralmente, **não pode produzir efeitos sobre o passado anterior à sua entrada em vigor** (retroação).

No caso concreto, deve-se verificar se, pelo direito intertemporal, determinou-se alguma regulação específica para esses casos. Em não existindo norma específica,

as regulações anteriores aplicar-se-ão até findar o prazo estabelecido em contrato e, tratando-se de contrato de execução continuada, findo o prazo inicial e renovado o contrato, aplicar-se-ão as normas da nova lei.

2. O *caput* do art. 54-A da Lei nº 8.245/1991 é de ordem pública? Aplica-se a contratos já celebrados anteriormente a sua vigência, ou tal aplicação feriria o art. 6º da LINDB? Justifique.

R. O *caput* do art. 54-A da Lei nº 8.245 não é de ordem pública. Ele pode ser aplicado aos contratos se as partes assim concordarem sem que fira o art. 6º da LINDB. Isto pois se trata de texto de ordem dispositiva.

3. Suponha que, no contrato celebrado, tenha ficado pactuado que a locadora seria responsável por casos fortuitos que eventualmente ocorressem durante a construção. Ocorre que, em virtude de uma catástrofe natural, a obra é concluída com quase um ano de atraso, ocasionando diversos prejuízos à locatária. Suponha que você é o juiz do caso e entenda que, de fato, a catástrofe prejudicou muito a obra: considerando a previsão do art. 393 do Código Civil, você poderia exonerar a locadora de ressarcir o dano fundamentando sua decisão em costumes comerciais?

R. Não seria necessário, pois no art. 393 do Código Civil conta que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” enquadra-se ao caso concreto, não sendo necessário usar os costumes, já que este serve como fonte subsidiária, quando há omissão na lei. O artigo referido ainda possui um parágrafo único que deixa evidente a subsunção do caso concreto à norma: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O juiz poderia usar os costumes para reforçar sua decisão, mas primeiramente a decisão deve ser baseada na lei, uma vez que está clara.

4. Suponha que a lei de locações regule uma determinada questão de forma diversa do que prevê o Código Civil, e que o regramento do Código seja mais favorável à locadora nesse ponto, que é levado a discussão em juízo. Como magistrado, qual norma você aplicaria ao caso concreto e por quê? Seria possível responder a essa pergunta com base na analogia?

R. Como juiz, aplicaria a Lei de Locações, em virtude de sua especificidade. Aplica-se sempre a lei mais específica sendo, nesse caso, a Lei de Locações em detrimento do Código Civil. Neste caso **NÃO** poderia ser usada a analogia, pois esta é usada quando não há lei que possa ser diretamente aplicada ao caso

concreto, tendo o juiz que buscar resolução a partir de um caso semelhante, o que não é o caso nesse contexto, já que há normas existentes para regular a locação.

**Com base no caso abaixo, responda as perguntas de 5 a 8:**

Uma pessoa de quinze anos de idade, atormentada continuamente com a questão da morte, por possuir considerável patrimônio, visto que seus pais, falecidos, haviam deixado muitos bens a ele, decide, não tendo herdeiros necessários, fazer um testamento, atribuindo metade dos seus bens à igreja local e metade a outra pessoa, considerada por si como sua melhor amiga.

Solicita ajuda a um conhecido advogado da cidade, que prontamente o explica como proceder, mas que sequer se recordara da tenra idade do disponente. Assim, o adolescente redige o testamento na modalidade particular, colhe a assinatura de três testemunhas, lacra o envelope e o deixa com outro amigo, que não contemplado pelo testamento, é nomeado como testamentário.

Por uma fatalidade, o adolescente vem a falecer pouco tempo depois, já tendo completado dezesseis anos. Em juízo é aberto o testamento particular e se habilitam os herdeiros nomeados no negócio jurídico em questão. Discute-se a validade do testamento.

Diante destas circunstâncias, indaga-se:

**5.** A regra para apurar a validade de negócios jurídicos deve ser verificada em que instante temporal? Por quê? No caso concreto, o testamento é válido? Justifique.

R: a regra para apurar a validade de negócios jurídicos deve ser verificada no momento da sua celebração, à luz do princípio *tempus regit actum*, aplicável à espécie na medida em que os requisitos de validade são critérios para se verificar a saúde ou sanidade das manifestações de vontade – devendo, portanto, ser tomados em consideração quando da emissão da manifestação da vontade, e não depois, quando as circunstâncias fáticas podem ter se alterado, destacadamente no que concerne ao requisito da capacidade de exercício.

No caso em apreço, o testamento é nulo, visto que celebrado por sujeito absolutamente incapaz de exercício (menor com quinze anos de idade), nos termos dos arts. 3º e 104, I do Código Civil.

**6.** Caso o advogado contratado tivesse recebido seu honorários para orientar a redação do testamento, mas deixasse de cumprir essa obrigação, seria cabível, no caso, alguma sanção? Fundamente e esclareça, no caso de resposta positiva, de qual modalidade?

R: As sanções trazidas pelas normas jurídicas são de diversas espécies. Fundamentalmente podem se distinguir (i) **sanções penais**, (ii) **executórias**, (iii)

**ressarcitórias** e (iv) **invalidantes**. As **sanções penais** tendem a punir o transgressor mediante uma punição pessoal ou patrimonial. As **sanções executórias** são aquelas que atuam especificamente quanto ao interesse lesado pela violação da norma (adjudicação compulsória, por exemplo). **Ressarcitórias** são as sanções que tendem a recompor o dano provocado pela violação da norma. **Invalidatórias**, por fim, são as sanções que tendem a privar de eficácia o ato realizado em violação à norma (nulidade de doação de imóvel realizada sem instrumento público).

Em um caso como o presente, em que um advogado contratado para orientar a redação de um testamento descumpra a obrigação assumida, **a sanção prevista é de caráter ressarcitório**, na medida em que o advogado precisa indenizar os prejuízos causados pela violação com seu cliente, atuando aí a norma da responsabilidade civil contratual ou por ato ilícito relativo (**art. 389 do Código Civil**).

7. Havendo dúvidas sobre as reais intenções do testador, como deveria se dar o processo de aplicação do direito (interpretação e/ou integração) das disposições testamentárias, a ser feito pelo juiz que tivesse que decidir sobre questões decorrentes desse mesmo testamento?

R: Escolas de Interpretação

O processo de aplicação do direito no presente caso (envolvendo tanto a *interpretação* – a extração ou construção de sentido a partir do texto das normas legais ou dos negócios jurídicos – como a *integração* – o processo de preenchimento das lacunas da lei ou do negócio jurídico) deve considerar, em primeiro lugar, os critérios ou métodos típicos de interpretação. São eles: a **interpretação gramatical** (muito desenvolvida no âmbito da chamada Escola da Exegese. “É da gramática o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso da norma legal” – e também das cláusulas negociais); a **interpretação lógico-sistemática** (“Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre as situando no conjunto do sistema.” Também o conjunto das cláusulas de um negócio jurídico deve ser interpretado sistematicamente); a **interpretação histórica** (que busca encontrar o significado das palavras no contexto de criação da norma legal ou elaboração do negócio jurídico, seja recorrendo ao pano de fundo fático, seja recorrendo aos seus antecedentes preparatórios); e, finalmente, a **interpretação teleológica ou finalística** (que tem em mira, na interpretação, a consideração do fim ao qual a norma legal ou a manifestação de vontade das partes se digire, aquilo que se quer atingir pela lei ou pelo negócio jurídico).

Em matéria de dúvidas sobre a interpretação de cláusulas testamentárias, há norma específica hermenêutica no Código Civil, ligada ao critério teleológico ou

finalístico, que remete o intérprete a buscar compreender o sentido das disposições testamentárias à luz do melhor atendimento à real intenção ou vontade do testador (**Art. 1.899 do Código Civil**: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.”).

**8.** Sabe-se que o Direito brasileiro permite que um testamento beneficie pessoa já concebida mas ainda não nascida. Acerca do nascituro, quais os argumentos legais de cada corrente a respeito da (in)existência de sua personalidade e em que método de interpretação cada uma delas se baseia?

R: Resumidamente, pode-se dizer que há 3 correntes mais conhecidas sobre a situação jurídica do nascituro (ser humano já concebido, mas ainda não nascido), e acerca da aquisição de sua personalidade:

**a) natalista:** a personalidade começa do nascimento com vida; o nascituro não tem personalidade, estando numa situação “sui generis”. É a teoria tradicional, de autores como Washington de Barros Monteiro. Pode-se dizer que ela tem forte apoio na interpretação gramatical, ou literal, da primeira parte do art. 2º do Código Civil, que prescreve que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida.

Sustenta que o nascituro possui mera expectativa de direito, pois a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações surge a partir do nascimento com vida. Essa teoria funda-se na primeira parte do art. 2º do Código Civil, cuja literalidade dispõe que a “*personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”. Os autores que adotam essa teoria sustentam que não há violação da CF, art. 5º, no que diz respeito à inviolabilidade da vida, já que diria respeito exclusivamente ao indivíduo nascido com vida e, portanto, personalizado.

**b) concepcionista:** para essa teoria, a personalidade jurídica do nascituro começa, na verdade, com a concepção (na medida em que o nascituro já tem direitos, já tem aptidão para ser titular de direito, inclusive direitos da personalidade, que por definição são incondicionáveis). É a corrente defendida por autores como a Professora Silmara Chinellato, que tem prevalecido em decisões mais recentes do STJ, e que tem em consideração também o tratamento jurídico dispensado aos chamados embriões pré-implantatários. Pode-se dizer que essa corrente trabalha com a interpretação gramatical da segunda parte do art. 2º do Código Civil, mas também com a interpretação lógico-sistemática, na medida em que tenta harmonizar as duas partes do art. 2º do Código Civil.

O nascituro adquire personalidade desde o momento da concepção. Os autores dessa corrente apoiam a tese na leitura conjunta do art. 5º da CF e do art. 2º do CC, afirmando que o nascituro possui direito à vida e, assim, é dotado de personalidade. Além disso, sustentam que essa posição está em harmonia tanto com o ordenamento jurídico brasileiro, que criminaliza o aborto, como com o

direito internacional, uma vez que o Pacto de San José da Costa Rica, art. 2º, atribui a condição de pessoa a todos os seres humanos.

c) **personalidade condicionada**: o nascituro já teria uma personalidade jurídica, a qual precisa ser confirmada pelo nascimento com vida (o nascimento com vida funcionaria como uma condição resolutiva da personalidade). Pode-se dizer que essa corrente trabalha com a interpretação lógico-sistemática, na medida em que tenta harmonizar as duas partes do art. 2º do Código Civil.

Afirma que o conceito já possui direitos, embora ainda não seja capaz de exercitá-los, de modo que são direitos eventuais, sujeitos ao implemento de uma condição, qual seja o nascimento com vida. Baseia-se na segunda parte do art. 2º do CC (“[...] *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”).