

REVISTA DE
DIREITO PRIVADO
RDPPriv

ANO 13 • 51 • JULHO-SETEMBRO • 2012

COORDENAÇÃO:

NELSON NERY JUNIOR

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Coordenação
NELSON NERY JR.
ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

◦ edição e distribuição da
EDITORIA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora responsável
GISELLE TAPAI

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
Visite nosso site
www.rt.com.br
aval.artigo@thomsonreuters.com

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

Impresso no Brasil: [08-2012]

Profissional

Fechamento desta edição: [20.08.2012]



TEORIA GERAL

1. Um olhar transversal e difuso aos Direitos Humanos de terceira dimensão: a solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana
REGINA VERA VILLAS BÔAS..... 11
2. Agenciamentos filosóficos do Direito Privado: desejar/desterritorializar/nomadizar I
BELMIRO JORGE PATTO..... 35
3. O pensamento kelseniano e o conceito de vontade no direito privado
HENRIQUE GARBELLINI CARNIO..... 57

INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário e a vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado
GEORGES ABBOUD 73
2. A distribuição do ônus da prova nas relações de direito privado: será preciso, mesmo, mudar?
JÚLIO CÉSAR ROSSI..... 87

DIREITOS DA PERSONALIDADE

1. Pessoas jurídicas e direitos da personalidade
Pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial?
CARLA WAINER CHALRÉO LGOW 115

OBRIGAÇÕES

1. Dos riscos de perecimento fortuito antes da tradição da coisa vendida
A controvérsia sobre o problema do *periculum rei venditae* entre os juristas da Escola Humanista
EDSON KIYOSHI NACATA JUNIOR..... 143

2. A evolução da jurisprudência na busca pela efetividade das decisões judiciais e o papel da multa coercitiva MIRIAM COSTA FACCIN.....	201
RESPONSABILIDADE CIVIL	
1. O crime de "saldinha de banco" e o fortuito interno JOÃO HORA NETO.....	231
2. A responsabilidade civil no diagnóstico genético pré-implantacional JULIANO RALO MONTEIRO	273
3. Meio ambiente e responsabilidade civil pós-contratual ROGÉRIO DONNINI	311
CONTRATOS	
1. O Acordo de Não Divulgação (NDA) e a questão do rompimento das negociações MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITELLI	333
FAMÍLIA	
1. Intervalos de lucidez: subsídios para a teoria das incapacidades EDGARD AUDOMAR MARX NETO	379
2. A tutela extrajudicial e o princípio da dignidade na elaboração de testamentos por portadores de deficiência MARTIANE JAQUES LA FLOR	405
3. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis: breves notas à luz do pensamento tomista LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO	433
SUCCESSÕES	
1. Simulacro de adoção manipulado para participar de partilha – Nulidade CARLOS OSWALDO BEVILACQUA.....	465
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
1. A capitalização de juros em contratos bancários – Comentário ao acórdão do STJ que julgou o REsp 1.302.738/SC LUIZ FERNANDO DE CAMARGO PRUDENTE DO AMARAL.....	511

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA**1. Acórdãos****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

SEGURO DE VIDA EM GRUPO – Indenização – Alteração da apólice – Morte de cônjuge – Negativa de cobertura, por parte da seguradora, que alega ter procedido à modificação das cláusulas contratuais de maneira regular – Comunicação enviada, via correio eletrônico

Resenha por DANTE SOARES CATUZZO JUNIOR..... 537

RESENHAS

1. *O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, de Gustavo Haical

Resenha por THIAGO SILVEIRA ANTUNES

547

2. *Onerosidade excessiva no contrato civil*, de Paulo Magalhães Nasser

Resenha por WELDER QUEIROZ DOS SANTOS.....

549

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA..... 553

agenciado a qualidade de empresários, vez que não foi imposto como pressuposto à existência desse contrato, a profissionalidade dos figurantes.¹

Também se preocupa o autor em salientar que o agente não possui, em regra, poderes de representação do agenciado. De modo contrário, o agente tem como obrigação principal atuar “à conta do agenciado”, e não “em nome” dele. Todavia, o agente também poderá agir em nome do agenciado caso lhe forem outorgado poderes nesse sentido (agente com *plus* da representação).

Ocupa-se, ainda, o autor de dissertar sobre a natureza jurídica do contrato de agência, reconhecendo-o como contrato bilateral e oneroso, por nascerem obrigações recíprocas para ambos os figurantes, bem como ante a necessidade de se remunerar o agente pela atividade realizada. Em seguida, a obra passa a distinguir o contrato de agência dos demais contratos afins, como o contrato de distribuição, de corretagem, mandato, entre outros.

Analisa também o autor os deveres principais e secundários, bem como os deveres laterais tanto do agente como do agenciado, salientando, com base em Karl Larenz que, em decorrência da cláusula geral da boa-fé, as partes devem atuar com fidelidade e lealdade.

Sobre os deveres do agente, o autor ressalta a importância do dever de diligência na promoção da realização de negócios à conta e no interesse do agenciado, sendo certo que a proposta a ser captada deve ser aquela que estiver em consonância com as instruções fornecidas pelo agenciado. Ao lado disso, entre os deveres laterais está o dever de informar, o qual deve ser cumprido pelo agente independentemente de ser solicitado ou de haver disposição contratual nesse sentido.

De outro lado, o dever principal do agenciado consiste na remuneração pelo cumprimento da obrigação principal por parte do agente, dever esse que nasce a partir da conclusão do contrato entre o agenciado e o terceiro. Sobre esse ponto, com base no art. 716 do CC/2002, o autor faz a ressalva de que a remuneração ainda será devida, caso o negócio deixe de ser realizado por fato imputado ao agenciado.

Por fim, trata a obra dos deveres secundários e laterais do agenciado, elencando entre eles, o dever de assistência, através do qual o agenciado deverá disponibilizar ao agente os documentos necessários ao exercício da atividade de promoção. Com relação aos deveres laterais, o autor cita o dever de não atuação na zona específica do agente, bem como o dever de informar, “vinculado à necessidade de o agenciado atuar em colaboração com o agente”.²

1. “A estabilidade e a continuidade da obrigação são o que permite a existência do contrato de agência; não a profissionalidade” (HAICAL, Gustavo. *O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 51).

2. HAICAL, Gustavo. Op. cit., p. 179.

ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO CIVIL, DE PAULO MAGALHÃES NASSER

2

WELDER QUEIROZ DOS SANTOS

Especialista e Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* no Complexo Educacional Damásio de Jesus e na IMP/MT. Professor na ESA-MT. Vice-Presidente da Comissão de Direito Civil e Processo Civil da OAB-MT. Advogado.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Paulo Magalhães Nasser. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Onerosidade excessiva no contrato civil, publicado recentemente pela Editora Saraiva, é fruto da dissertação de mestrado escrita por Paulo Magalhães Nasser e aprovada com a nota 10, louvor e distinção pela PUC-SP, por uma banca composta por qualificados e renomados professores,¹ o que, por si so, demonstra a qualidade, a dimensão e o peso da obra.

O tema escolhido, sem dúvida nenhuma, é um dos mais relevantes e atuais do direito civil contemporâneo. As recentes crises econômico-financeiras vivenciadas e vivenciáveis no Brasil e no mundo ressaltam a importância de um estudo profundo a respeito da onerosidade excessiva superveniente, decorrente de eventos imprevisíveis e extraordinários, como fundamento para a revisão

1. Com efeito, a banca foi composta pelos Professores: Sérgio Seiji Shimura, Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP, Desembargador do TJSP e orientador do trabalho; Erik Frederico Gramstrup, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP e Juiz Federal do TRF-3.⁴ Região; e Artur Marques da Silva Filho, Livre-docente em Direito pela Unesp, Doutor em Direito pela USP e Desembargador do TJSP.

e a resolução dos contratos civis. Não obstante a atualidade do tema, poucos autores no Brasil enfrentaram o assunto com a profundidade necessária.

Inicialmente, após analisar os pensamentos de Ronald Dworkin, Eros Roberto Grau, Robert Alexy, Riccardo Guastini e Karl Larenz, o autor aponta a distinção entre princípios e regras e demonstra as características relevantes dos princípios, bem como a sua importância para uma interpretação sistemática e teleológica das normas no ordenamento jurídico.

Em seguida, Paulo investiga a evolução dos princípios de natureza contratual do Estado Liberal até atual Estado Social e observa que o liberalismo econômico foi marcado pela consagração dos princípios (a) da autonomia da vontade, (b) do *pacta sunt servanda* e (c) da relatividade dos efeitos dos contratos. Assim, constata que os indivíduos encontravam-se no epicentro das relações jurídico-contratuais e em uma igualdade formal. Anota ainda que essa autonomia da vontade embasava o Código Civil de 1916, que previa como hipótese de revisão ou resolução do contrato apenas vícios ligados às vontades dos contratantes no momento da celebração não havendo o que se discutir sobre desequilíbrio superveniente, salvo caso fortuito ou força maior.

Em continuidade, sustenta o autor que foi necessário o Estado *reintervir*, ainda que parcialmente, nas relações particulares para conter os excessos de liberdade e o uso indevido dos contratos a fim de buscar um equilíbrio material nas relações entre os indivíduos.

Assim, após uma profunda análise da função das cláusulas gerais em um ordenamento jurídico baseado em princípios, bem como dos conceitos jurídicos indeterminados, Paulo assevera que o Código Civil brasileiro de 2002, em sintonia com os princípios do Estado Social, adotou em seu contexto as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, do equilíbrio das prestações e da vedação ao enriquecimento sem causa, com a finalidade de coibir abusos de direito e tornar os contratos mais éticos e sociáveis, preservando-se a liberdade de contratar dos indivíduos, em sistema de freios e contrapesos.

Feita essa abordagem, após uma breve e detida análise histórica da cláusula *rebus sic stantibus* e das teorias sobre a modificação dos contratos diante de onerosidade excessiva decorrente de fato superveniente (teoria da imprevisão; teoria da pressuposição, de Bernard Windscheid; teoria da base subjetiva do negócio jurídico, de Paul Oertmann; teoria da base objetiva do negócio jurídico, de Karl Larenz; teoria francesa da imprevisão; e teoria da superveniente onerosidade excessiva da prestação, desenvolvida na Itália), Paulo, no estudo específico da resolução e da revisão do contrato civil por onerosidade excessiva, examina os arts. 317 e 478 do CC/2002 de forma teleológica e sistemática,

buscando-se a finalidade última da norma e em conjunto com o sistema no qual está inserida e estabelece duas premissas interpretativas fundamentais: a necessidade de preservação dos pactos, sempre que possível, e a identidade entre os requisitos para a resolução e para a revisão dos contratos civis por onerosidade excessiva superveniente, defendendo, acertadamente, que o art. 478 aplica-se não somente para a resolução como também para a revisão do contrato.

Assim, de forma ímpar, visualiza similitude entre os requisitos previstos nos arts. 317 e 478 do CC/2002,²⁻³ de forma que a “desproporção manifesta” equivale à onerosidade excessiva”, os “motivos imprevisíveis” equivalem aos “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, a “extrema vantagem” se equivale à “desproporção manifesta” e “partes” equivalem à “credor e devedor”.⁴

Partindo, então, dessa premissa, Paulo se preocupa em preencher os conceitos vagos e indeterminados acima expostos, o que demonstra a preocupação do autor com a aplicação prática do instituto, o consegue conciliar com uma profundidade teórica, tornando a leitura do trabalho extremamente útil e agradável.

Com relação aos tipos de contrato, Paulo Nasser sustenta que a onerosidade excessiva superveniente se aplica aos contratos de execução continuada, de execução diferida e também aos contratos aleatórios, quando a álca extravasar o limite razoável de risco envolvido no contrato. Quanto aos *acontecimentos imprevisíveis e extraordinários*, o autor demonstra que o evento deve ser concebido sob um viés objetivo, levando-se em conta (a) os usos e costumes do

2. “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

3. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

4. Nas palavras do autor: “(...) há plena similitude de conteúdo dos requisitos previstos nos arts. 317 e 478 do CC. Consequentemente, a partir da interpretação sistemática e teleológica do Código Civil, bem como do princípio da conservação dos pactos, que nos conduzem ao raciocínio de que o art. 478 permite tanto a revisão como a resolução do contrato, preferindo-se sempre a primeira, temos que o conteúdo do art. 317 fica absolutamente esvaziado em matéria de revisão contratual. Por esta razão, a partir deste momento do trabalho, as considerações ficarão restritas ao art. 478 também quando se tratar da modificação dos contratos bilaterais e onerosos eivados de onerosidade excessiva por fato superveniente”.

local da celebração, (b) o conhecimento específico das partes acerca do tipo de contrato firmado, (c) a natureza e as circunstâncias do negócio jurídico; e (d) o que ordinariamente acontece, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, excluído o vício antevisto pelas partes. Já a *onerosidade excessiva*, que é da prestação e não da parte, está ligada a diminuição da utilidade da contraprestação que cause a desproporção entre a prestação e a contraprestação, superando o risco esperado, rompendo-se o equilíbrio material. Já em relação à *extrema vantagem do credor* é presumida da desproporção entre a prestação originalmente pactuada e o seu valor real. Nas palavras do autor, “se a desproporção é ‘manifesta’ e a onerosidade é ‘excessiva’, a vantagem é diretamente proporcional, isto é, extrema”. E no que tange a *mora do lesado*, ela deve ser posterior ao evento imprevisível que gerou a onerosidade excessiva.

Antes de encerrar, aduz a impossibilidade de os contratantes renunciarem o direito futuro de revisão e/ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente tendo em vista serem tais normas de ordem pública e instrumento de defesa da função social e do equilíbrio contratual.

E, por fim, como professor também de processo civil que é e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Paulo analisa alguns aspectos processuais da rescisão e da resolução do contrato por onerosidade excessiva, bem como a oferta de modificação equitativa prevista no art. 479 do CC/2002.

Tenho, portanto, de trabalho inovador, que servirá, por certo, de riquíssima fonte de pesquisa para quem vai estudar a onerosidade excessiva nos contratos. Vis. Por isso, parabênizo meu fraterno amigo Paulo Magalhães Nasser e à Editora Saraiva por tornar possível que tão valiosas ideias sejam expostas e disseminadas à toda comunidade jurídica.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA

1. A seleção de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editó-

rial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.