

EDITORIAL

EDITOR'S NOTE

A Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC, sempre atenta às transformações do Direito Privado, trouxe no seu Volume 5, em Prefácio de lavra do Professor Rodrigo Xavier Leonardo, uma refinada reflexão sobre um novo ciclo de códigos civis, entre eles o Código Civil argentino (Código Civil y Comercial de la Nación), que entrou em vigor em 1º de agosto de 2015. O novo Código substituiu o Código Civil argentino, publicado em 1871, elaborado por Dalmacio Velez Sarsfield, inspirado, em grande medida, na obra do notável jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, cujo nascimento completou duzentos anos, em 19 de agosto deste ano.

É importante destacar a influência desses juristas do século XIX que, por meio de seus códigos civis, moldaram o Direito Civil na América, dotando os países sul-americanos de legislações extremamente atualizadas para a época e permitiram o desenvolvimento harmônico da legislação de Direito Privado, como ocorreu com o Código Civil brasileiro de 1916, que recentemente completou cem anos de sua promulgação.

Retomando as observações feitas pelo Professor Rodrigo Xavier Leonardo sobre o novo Código Civil argentino, percebe-se que o autor do Prefácio destacou a participação do Professor Ricardo Lorenzetti, agora Ministro da Suprema Corte daquele país, e registrou o esforço do ilustre jurista para compatibilizar o novo texto com a Constituição e com as demandas vertidas em leis especiais, que ele denominou de *microsistemas de direito*, em sua conhecida obra publicada, no Brasil, em 1998, pela Editora Revista dos Tribunais sob o título "Fundamentos de Direito Privado", com primorosa tradução da Professora Véra Maria Jacob de Fradera.

O Código Argentino em vigor mantém a estrutura do código anterior, mas tenta responder a três grandes preocupações da comunidade jurídica nacional, ao promover o alinhamento dos institutos de direito privado à Constituição da República Argentina de 1994; ao acolher em um mesmo texto matérias de direito civil, de direito comercial e de direito do consumidor; e ao dar um tratamento que respeite diferenças individuais específicas e preserve a autonomia de sujeitos, na prática de atos jurídicos com reflexos na sua esfera pessoal ou personalíssima.

Ao nos determos sobre este último aspecto do novo Código Civil argentino vale examinar, ainda que nos limites do um Prefácio, o esforço que a Comissão fez para enfrentar a questão da capacidade jurídica dos sujeitos de direito, na atualidade. Esta questão transcende o direito privado, se enraíza na configuração atual da sociedade e do Estado, e atinge a própria noção de sujeito de direito, elemento central na regulação das relações jurídicas. É uma questão em aberto para o direito contemporâneo e, no Novo Código, revela-se de maneira especial no tratamento da matéria referente aos adolescentes e sua capacidade jurídica para tomar decisões a respeito de sua saúde.

Nessa matéria, o Código também buscou adequar-se às disposições constitucionais, aos tratados internacionais, às declarações de direitos de direitos humanos, e a toda legislação nacional, que trata dos direitos da criança e do adolescente, sem a pretensão de substituir a legislação especial. A fórmula proposta é a de oferecer elementos que permitam harmonizar a interpretação desse vasto conjunto normativo, para dar uma maior autonomia aos jovens, sempre respeitando o interesse superior de preservação de seus direitos. Com isso, o Código tenta recuperar sua centralidade na regulação das relações jurídicas de direito privado.

O novo Código regula, de maneira singular, a prática de atos de disposição do próprio corpo, por adolescentes, que no regime geral das incapacidades são relativamente capazes. Para realizar as modificações, foi necessário trabalhar os conceitos clássicos de autonomia e incapacidade, por idade, e introduzir no Direito Civil codificado os conceitos de *aptidão física e psíquica e de competência do paciente*, para tomar decisões sobre intervenções em seu corpo e sua saúde, por meio de *consentimento informado*. Parte-se do pressuposto que o consentimento informado não se configura em ato jurídico, mas em mera manifestação de vontade não negocial, ou simples ato lícito, resultante do exercício de direito personalíssimo.

Na base dessas modificações no regime clássico das incapacidades, está o inovador conceito de *autonomia progressiva*, que, em síntese, consiste no reconhecimento, pelo Direito, da possibilidade de adolescentes serem consultadas e tomarem variadas decisões, sobre questões pessoais, segundo o seu grau de desenvolvimento e maturidade física e psíquica, com ou sem assistência de representante legal.

Apesar de seu caráter inovador, as disposições do novo Código referentes à capacidade dos adolescentes não são suficientes para superar a tendência do direito contemporâneo de romper com a generalidade de tratamento para todos os cidadãos e criar “uma lei para cada indivíduo”, segundo a expressão de Lorenzetti, nas páginas 53 e 54, da obra antes mencionada, ao examinar o denominado “direito a recusar tratamentos médicos”.

Essa observação é pertinente, porque o novo Código Civil argentino foi prece-dido pela Lei 26.743, em 23 de maio de 2012, que estabelece o “direito à identidade de gênero das pessoas”, e regula a possibilidade de qualquer pessoa solicitar a

retificação de seu registro civil, em relação ao sexo, nome, e imagem, sempre que não coincidam com sua identidade de gênero, com base em sua percepção interna e vivência de cada um.

Nessa mesma lei, no art. 5.º, está prevista a possibilidade de adolescentes exercerem esse direito, com a assistência de seus representantes legais, mas sempre com sua concordância, levando em conta sua *capacidade progressiva* e interesse superior, de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança e com a Legislação nacional de proteção a esses indivíduos. A respeito desse direito constante da Lei 26.743, o Código Civil silencia, e resta saber como serão compatibilizados esses textos, cuja aplicação terá ampla repercussão sobre os direitos dos adolescentes, sua saúde, seu futuro e suas relações com terceiros.

Uma análise mais ampliada desses problemas da política legislativa contemporânea nos obriga concluir que o sujeito de direito do início da modernidade jurídica, deu lugar a um sujeito multifacetado, que o Direito se esforça em captar e regular. O Estado liberal, que se apoiava em normas gerais e universais para dirigir a vida de cidadãos racionais e iguais perante a lei, ao ser demandado a atender sujeitos concretamente diferentes e desiguais, passa a produzir normas específicas para indivíduos ou grupos de indivíduos. Essas normas jurídicas de proteção aos diferentes e desiguais, ao mesmo tempo em que promovem uma igualação jurídica aprofundam a identidade pela diferença de cada um de grupos de indivíduos.

Com algumas peculiaridades, esses movimentos legislativos se encontram presentes em quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, como assinala o Professor Stefan Grundmann, Catedrático da Universidade Humboldt de Berlim, na Alemanha, e Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo naquela instituição, em entrevista realizada pelo Professor Otavio Luiz Rodrigues Junior, Karina Nunes Fritz e Sérgio Rodas, publicada neste volume. Ao ser questionado sobre a sua proposta de realizar uma diferenciação no conceito de consumidor, o Professor Grundmann a explica, levando em consideração aspectos objetivos e subjetivos de cada sujeito e seu grau de vulnerabilidade, nas relações de consumo. Diz Grundmann: “A diferenciação que propus não é tão só entre os diferentes tipos de consumidor (razoáveis, vulneráveis, hipervulneráveis etc.), o que seria uma diferenciação subjetiva, uma proteção subjetiva. Proponho também uma diferenciação objetiva, ou seja, quanto às matérias. Isso quer dizer: nas matérias relacionadas a simples danos econômicos, diria que, em regra, seria suficiente a proteção realizada através das regras de informação que os consumidores razoáveis podem compreender, porque são regras que também ajudam o mercado. Mas nos casos que envolvam a liberdade, saúde, vida, esses direitos fundamentais da pessoa, mas também sua existência econômica, de não entrar em insolvência, por exemplo, esses direitos teriam que ser protegidos de modo que também o mais vulnerável dos consumidores goze dessa proteção. Isto é, não só através de regras informativas

(ex: informação acerca da periculosidade de produtos e serviços), mas efetivamente através de normas mais intervencionistas.”

O tema dos sujeitos e sua vulnerabilidade é retomado, na doutrina brasileira neste volume da RDCC, no artigo de Ellen Carina Mattias Sartori, a respeito da proteção da privacidade na comunicação no ambiente virtual da *internet*, envolvendo relações de consumo. Essas preocupações se fazem presentes na análise de Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda, sobre o Projeto de Lei 5.276/2006, que propõe o marco jurídico para uma cidadania digital, que terá grande impacto sobre a sociedade brasileira.

No campo da teoria contratual, vários escritos que compõem este volume da RDCC atualizam e aprofundam temas escassamente examinados entre nós, a começar pelo artigo de Vinicius Machado Calixto que situa a teoria do contrato relacional, de Ian Macneil, realizando uma crítica à teoria clássica do contrato. Do mesmo modo, o artigo de Paulo Roque Khouri e Lucas Salim Vilela Pedras trata da figura contratual recente, cujo objeto é a construção de imóveis sob medida, *built to suit*, em inglês, com a finalidade de investimento, que se apresenta com caráter híbrido e com escopo na autonomia contratual. Ainda no campo dos contratos, o artigo de Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten enfrenta o tema do princípio da função social do contrato aplicado ao contrato de seguro.

Esses estudos sobre contratos são complementados na seção de Ensaio e Pareceres, com a contribuição do autor Giovanni Ettore Nanni, a respeito da promessa de fato de terceiro, no âmbito de coligação contratual, com a extinção do contrato pela frustração de seu fim e, coroando a reflexão atual, no setor da Memória do Direito Civil, a RDCC traz o texto clássico de Clóvis Bevilacqua, “Evolução da *theoria contractus* em nossos dias”.

Outro tema importante para o Direito Civil contemporâneo é o da responsabilidade civil, constante do artigo de Flávia Portella Püschel e Viviane Muller Prado, que discute a possibilidade de indenização de investidores pela perda de uma chance de obtenção de ganhos, em virtude da conduta do intermediário ou agente, que opera no mercado financeiro. A Doutrina Internacional contribui para este volume com o artigo de Vernon Valentine Palmer, catedrático da Universidade de Tulane, sobre danos morais e o despertar do direito francês no século XIX. Trata-se de um artigo que terá significativo impacto em nossa doutrina, por trazer uma nova abordagem sobre o reconhecimento dos danos morais na França, sem o recurso a princípios gerais do Direito ou à Constituição. A tradução coube ao Professor Otávio Luiz Rodrigues Junior e a Thales Ricardo Alciati Valim. Com a retomada do debate sobre enriquecimento sem causa no Brasil, após o Código Civil de 2002, suas fontes internas e fontes comparadas, a Revista publica artigo em inglês, de autoria de Claudio Michelin, catedrático da Universidade de Edimburgo. A Resenha elaborada por Juliana Ramalho Lousas Cesarine, da obra de Bruno Leonardo Câmara

Carrá, propõe uma leitura qualificada sobre a “Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta”.

Erasmão Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek publicam neste número um parecer sobre o Direito Intertemporal na prestação de fiança por pessoa casada pelo regime convencional da absoluta separação de bens, na vigência do Código Civil de 1916.

No Direito Empresarial, destacam-se, neste volume, dois artigos, o de autoria de João Luis Nogueira Matias, que se dedica a identificar as lacunas existentes na lei brasileira, que regula as sociedades de responsabilidade limitada, no que se refere à responsabilidade dos sócios. O artigo de Gerson Luiz Carlos Branco explora a possibilidade de aplicação de regras próprias da autonomia do crédito, em recuperação judicial, com base na autonomia privada em sentido amplo. A resenha do livro de Ronald H. Coase, “A firma, o mercado e o direito”, elaborada por Francisco Niclós Negrão, aponta a leitura dessa importante obra para os estudiosos dessa vertente do Direito Privado.

Como vem fazendo desde o início, a RDCC traz importantes Comentários Jurisprudenciais, com o objetivo de ampliar o diálogo entre doutrina e jurisprudência. Consta deste volume os comentários de Antonio Lago Junior sobre a incomunicabilidade das cotas de sociedades de advogados, para garantir pagamento de dívidas pessoais do sócio, ou ser objeto de divisão em virtude de separação ou divórcio, mediante a participação dos lucros, até que se liquide a sociedade. A seção de Comentários Jurisprudenciais ainda apresenta ao leitor o interessante tema do adimplemento substancial de obrigações, seus fundamentos e critérios de aplicação, no direito brasileiro, por Augusto César Lukaschek Prado.

A diversidade e a profundidade da análise dos temas constantes deste volume tornam a leitura da Revista de Direito Civil Contemporâneo imprescindível para a compreensão do Direito Privado, na atualidade.

Curitiba, 29 de setembro de 2016.

José Antonio Peres Gediél

jagediel@gmail.com

Editor

Editor