

EDITORIAL

EDITOR'S NOTES

Tenho o gosto de apresentar o volume 12 da *Revista de Direito Civil Contemporâneo* a convite de seu ilustre Diretor Prof. Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior. A tarefa não se afigura fácil, dada a riqueza e diversidade dos conteúdos publicados. Tentarei, não obstante isso, descrevê-los sucintamente, deixando ao leitor o juízo crítico que naturalmente se impõe, mas que transcenderia o objeto destas linhas.

1. O volume apresenta texto de Osny da Silva Filho sobre *Contrato como desigualdade*. Explorando a noção de desigualdade como conceito integrador do Direito Contratual contemporâneo, o autor coloca em evidência a inadequação à realidade atual das teorias assentes na igualdade dos contraentes que prosperaram nas codificações de Oitocentos. O Direito dos Contratos hodierno caracteriza-se antes pelo amplo reconhecimento da desigualdade econômica dos contraentes, que o Código do Consumidor brasileiro de 1990 expressivamente documenta. As preocupações de justiça distributiva passaram, assim, a dominar – no Brasil e não só – o regime jurídico dos contratos. Ter-se-á ido demasiado longe nesta matéria? Tal a questão a que o autor procura dar resposta neste estudo. Refuta a este propósito um eventual efeito *boomerang* veiculado por alguns; e aduz neste sentido os escritos de Aditi Bagchi, Hanoch Dagan e Martijn Hesselink, que são assim introduzidos ao público brasileiro.
2. Segue-se um trabalho de Luciana Costa Poli sobre *Críticas à apropriação do afeto no discurso do direito de família*. A autora questiona neste estudo o afeto como elemento conformador das relações familiares de que se socorreu alguma jurisprudência brasileira recente, nomeadamente a que pronunciou sobre os efeitos das uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo. Para Luciana Poli, a família patrocina a realização da cidadania e a promoção da dignidade humana; a sua função exerce-se fundamentalmente pela cooperação e solidariedade entre os seus membros. A família há de ser reconhecida pela *comunhão de vida* que encerra e não na base do discurso do afeto.
3. Guilherme Lima Reinig ocupa-se da teoria do *dano direto e imediato* no direito civil brasileiro. Acolhida, por influência francesa, nos Códigos Civis de 1916 e 2002, a definição do seu exato alcance não tem, contudo, sido

isenta de dificuldades, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras procuram há muito esclarecer. Destacam-se a este respeito os escritos de Agostinho Alvim e Gustavo Tepedino e os arestos do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. O autor analisa-os minuciosamente no intuito de determinar se, conforme tem sido sustentado, a causa direta e imediata do dano é aquela que se liga a este último por um *nexo de necessidade* o qual se rompe sempre que entre a causa e o dano se interpuserem outras condições, imputáveis ao lesado ou a terceiro. Conclui negativamente, considerando que a expressão “dano direto e imediato” indica tão somente que o legislador reconheceu ser necessário estabelecer limites à responsabilidade civil, sem, todavia, ter optado por uma ou outra teoria. Em seu entender, o problema permanece, assim, em aberto no Direito Civil brasileiro.

4. Ingo Sarlet presenteia os leitores da *Revista* com um estudo sobre *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, no qual se debruça em particular sobre a influência da dogmática alemã dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Brasileiro. Dando especial destaque à contribuição científica de Claus-Wilhelm Canaris – tornada acessível ao leitor de língua portuguesa pela tradução do seu artigo *Direitos fundamentais e Direito Privado. Um balanço intermédio* –, o autor examina a este respeito a jurisprudência do STF sobre a eficácia das disposições da Constituição Federal nas relações entre privados, patente em duas dezenas de decisões por si recenseadas. Embora significativa do ponto de vista quantitativo, a receção do pensamento de Canaris no Brasil deixa muito a desejar, segundo o autor, numa perspectiva qualitativa; e acaba, em boa medida, por se afastar dele no tocante à questão central da *aplicabilidade direta* das normas da lei fundamental às relações privadas.
5. Em outro estudo de flagrante atualidade e interesse prático, Judith Martins-Costa examina a figura do *trust* à luz do Direito brasileiro. O tema é aí analisado pela autora sob dois ângulos distintos. O primeiro, de cariz eminentemente comparativo, visa a descrever os traços identitários daquela figura emblemática dos sistemas de *Common Law*, indagando, essencialmente no campo dos negócios fiduciários, os seus correspondentes funcionais no Direito brasileiro. O segundo, de índole internacional privatista, ocupa-se da questão de saber se e em que medida pode um *trust* constituído no estrangeiro (concretamente nos Estados Unidos da América) ser reconhecido no Brasil, em especial por aplicação da lei para o efeito designada pelo *settlor*.
6. A denominada *gravidez indevida* ou *concepção indevida* e a questão, fortemente controvertida, de saber se o subsequente nascimento de uma criança pode ser considerado um dano são objetos de um trabalho de Caroline de

Holanda. Definindo aquele conceito como a situação em que foi feito uso de mecanismos de contracepção, mas em que, por defeito dos produtos usados ou negligência médica, os mesmos não tiveram êxito, a autora qualifica-o como violação da *autonomia reprodutiva* que considera acolhida designadamente na Constituição Federal. Mais especificamente, essa situação seria uma violação da *faceta negativa* dos direitos reprodutivos, i. é o *direito de não procriar*. Os danos assim sofridos pela gestante, patrimoniais e morais, seriam indenizáveis, segundo a autora, à imagem do decidido em diversos arestos proferidos por tribunais norte-americanos de que dá conta pormenorizadamente.

7. Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes contribuem para este volume com um texto sobre a *indenização punitiva*, em que analisam a sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. Após enquadrarem o tema na evolução histórica da responsabilidade civil e na análise das suas funções, os autores dão conta da relevância dos *danos punitivos* nos sistemas de *Common Law*, procurando distingui-los da indenização punitiva brasileira. Esta é então submetida a análise crítica à luz dos princípios da proscricção do enriquecimento sem causa, do *ne bis in idem* e da legalidade das penas, este último decisivo, no entender dos autores, para afastar a admissibilidade da indenização punitiva no Brasil.
8. Na secção de doutrina estrangeira, a *Revista* reproduz, em cuidada tradução portuguesa, um texto de Reinhard Zimmermann originariamente publicado em 2006 sobre *O código civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha*. O insigne historiador do Direito e codiretor do *Max-Planck-Institut* de Hamburgo examina, nos seus traços fundamentais, a evolução da codificação do Direito Privado na Alemanha desde os primórdios no séc. XVIII até à *Modernização do Direito das Obrigações* implementada em 2002. Centra a sua atenção no Código Civil alemão, de cujas vicissitudes ao longo de mais de um século de vigência dá conta magistralmente. E conclui com uma lúcida reflexão, que se mantém inteiramente atual, sobre o movimento de *Europeização do Direito Privado* e a sua necessária articulação com os sistemas jurídicos nacionais.
9. Justamente uma das expressões mais relevantes desse movimento é objeto de outro estudo que a *Revista* oferece aos seus leitores em tradução portuguesa. Nele procura Miquel Martin-Casals traçar um balanço, por ocasião do décimo aniversário da sua publicação, dos denominados *Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil*. O Catedrático de Girona dá conta, neste trabalho, do propósito geral dos *Princípios* e do seu impacto em diversas reformas legislativas recentemente levadas a efeito na Europa; examina em seguida a estrutura e a terminologia deste instrumento de *soft*

- harmonization*; e analisa por fim os elementos fundamentais da responsabilidade civil à luz das suas disposições, proporcionando ao leitor, do mesmo passo, uma comparação com os principais sistemas delituais europeus.
10. A secção de ensaios e pareceres oferece-nos dois estudos, de evidente interesse e atualidade, sobre a *Inaplicabilidade do Estatuto da Terra na relação contratual entre hipersuficientes*, da autoria de Giselda Hironaka e José Fernando Simão, e a *Análise de eventual concorrência desleal em litígio que discute a titularidade originária de obra de engenharia*, por António Carlos Morato.
 11. Na secção de *Memória do Direito Civil*, a *Revista* faculta aos seus leitores a reprodução de um belíssimo texto evocativo de Augusto Teixeira de Freitas, originariamente publicado por Lacerda de Almeida no *Jornal do Commercio* do Rio de Janeiro em 1906. O então Lente da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, que participou também nos trabalhos preparatórios do *Código de Beviláqua*, presta aí rendida homenagem ao insigne autor da *Consolidação das Leis Civis* e do *Esboço* do Código Civil, colocando em evidência não apenas a sua obra científica e como jurisconsulto, mas também os traços de caráter que dele fizeram, nas palavras do autor, “*astro de primeira grandeza com luz superior às mais fulgentes constellações da sciencia europea*”.
 12. Na secção de *Diálogos com a Doutrina e a Jurisprudência*, Otávio Luiz Júnior entrevista Carlos Alberto Dabus Maluf. Ao longo desse diálogo, o entrevistado passa em revista quase meio século de memórias da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, desde o seu ingresso nela, em 1966, até à renovação do Departamento de Direito Civil ocorrida no final dos anos 90, de que foi também protagonista; e proporciona ainda ao leitor um relato na primeira pessoa do complexo processo legislativo que conduziu à aprovação, em 2002, do novo Código Civil brasileiro.
 13. A *Revista* inclui ainda recensões bibliográficas de *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*, de Leonardo Carneiro da Cunha (por Rodrigo Mazzei), e *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten*, de Christian Baldus e Wojciech Dajczak (por Elena de Carvalho Gomes).
 14. Por fim, na secção de comentários de jurisprudência, são examinados dois importantes acórdãos do STJ, ambos relatados pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze: o primeiro, anotado por Fernando Speck de Souza, relativo à possibilidade de “desconstituição” da paternidade registral decorrente de erro após o estabelecimento de vínculo socioafetivo; o segundo, comentado por Christopher Roisin, respeitante ao conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo estatal e ao denominado princípio da

competência-competência que hoje norteia, no Brasil e em numerosos outros países, a atividade judicativa dos tribunais arbitrais.

Se há traço comum que, com toda a evidência, se desprende dos textos incluídos neste volume da *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ele consiste sem dúvida na abertura ao Direito Comparado: em quase todos os trabalhos ora publicados o leitor encontrará amplas referências a sistemas jurídicos estrangeiros, cujas soluções são examinadas e, não raro, contrastadas entre si antes de os autores tomarem posição sobre os temas tratados na ótica do Direito brasileiro. Essa é hoje, aliás, uma *marca distintiva* da doutrina civilista brasileira, e bem assim da jurisprudência emanada dos tribunais superiores do Brasil, a que a *Revista* faz jus.

E bem se compreende que assim seja. O Direito Comparado é, na *sociedade global* que caracteriza o nosso tempo, o esteio de todo o desenvolvimento jurisprudencial do Direito, um instrumento essencial da reforma legislativa e um referente indispensável à própria dogmática jurídica. Ao reconhecê-lo, privilegiando a inclusão nas suas páginas de estudos que se abrem a experiências jurídicas alienígenas e que procuram extrair delas ensinamentos úteis ao Direito pátrio, a *Revista* coloca-se indiscutivelmente na vanguarda da Ciência Jurídica contemporânea.

Lisboa, junho de 2017.

DÁRIO MOURA VICENTE