

Caríssimo(a) Associado(a),

É com muita satisfação que apresento o livro do grupo de trabalho **Relações Privadas e Democracia** do XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu na Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ), entre 31 de outubro e 03 de novembro de 2012.

Novamente inovamos ao transformar os antigos anais de nossos Encontros e Congressos em livros específicos para cada grupo de trabalho (GT). Tal iniciativa deveu-se à proposta desta diretoria visando o fortalecimento dos GTs, ratificada pelos associados e coordenadores dos programas em diversos espaços, principalmente no Fórum dos Coordenadores e na Assembleia Geral do XXI Encontro Brasileiro, realizados no primeiro de semestre de 2012, em Uberlândia.

O fortalecimento dos GTs integra um plano mais ambicioso de nossa comunidade científica no sentido do aprimoramento dos critérios de avaliação e internacionalização de eventos, de maior aproximação entre a academia e o cotidiano forense e, sobretudo, do crescimento ordenado e qualificado da pós-graduação estrito senso em Direito, no Brasil.

Em Niterói ultrapassamos a importante marca de 1.700 artigos submetidos a nosso sistema *Publica Direito*, com a participação direta de mais de 70 programas de pós-graduação reconhecidos pela CAPES/MEC. Mais uma vez centenas de trabalhos foram aceitos, sendo outros tantos infelizmente preteridos devido à crescente concorrência para os GTs, que em alguns casos foram divididos pela grande procura e qualidade dos trabalhos.

Aproveito para agradecer aos cerca de 200 professores-doutores que participaram de mais de 3.500 avaliações por intermédio do *double blind peer review* do sistema *Publica Direito*. Sem seu comprometimento e seriedade nosso Congresso seria inviável. Também gostaria de registrar que as diversas sugestões encaminhadas em 2012 foram analisadas e já resultaram em importantes aprimoramentos do nosso sistema de avaliação, a ser inclusos nos eventos de 2013.

No Congresso de Niterói restou evidente o expressivo resultado da área do Direito nos últimos anos. Tenho certeza de que chegaremos à avaliação trienal deste ano de forma muito mais sólida e próxima das chamadas “áreas duras”, pois nossas publicações qualificaram-se e resultam mais impactantes, a produção migra para a indexação e a inserção internacional já é uma realidade.

Festejamos no último Congresso o lançamento da tão esperada terceira edição da *Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal of Law)* – a RDB –, publicação semestral oficial do CONPEDI, que agora receberá a primeira avaliação da comissão *Qualis* do Comitê de Área. Queremos partilhar tal conquista – independente deste primeiro resultado – com cada associado, com nossos parceiros neste projeto e, em especial, com os pesquisadores, professores e alunos, brasileiros e estrangeiros, que acreditaram e contribuíram para a nova revista mesmo antes da primeira avaliação, sem conhecer, portanto, sua classificação e pontuação.

No Congresso ainda lançamos o primeiro volume de *Educação Jurídica*, pela Editora Saraiva. A obra resultou de uma parceria entre o CONPEDI e a Comissão de Educação Jurídica da OAB Federal – antiga Comissão de Ensino Jurídico –, a Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI) e a Federação dos Pós-graduandos em Direito (FEPODI), contando ainda com o apoio da CAPES/MEC e CNPq/MCT.

Quero registrar que a organização deste livro foi uma das realizações mais prazerosas de minha gestão. O relevante conceito de educação jurídica – como temos debatido, pelo menos, nos três últimos eventos do CONPEDI – é fundamental para melhorar a graduação e aprimorar ainda mais a pós-graduação em Direito no país. Agradeço a todos, autores e instituições, que contribuíram para a conclusão deste primeiro volume, que certamente terá continuidade.

Durante o Congresso recebemos importantes professores e pesquisadores de universidades estrangeiras, alguns que já participaram dos nossos eventos e programas, e outros que compareceram pela primeira vez: dr. Baldomero Olivier Leon, da Universidade de Granada; dr. Carlos Garriga, da Universidade do País Basco; dr. John Vervaele, da Universidade de Utrecht; dr. Leon Villalba, da Universidade de Castilla La Mancha; dr. Ricardo Sanin, da Universidade de Caldas; dr. Fernando Galindo,

da Universidade de Zaragoza, e dr. Gaetano Peccora, da Universidade Livre Internacional de Estudos Sociais. Agradecemos a todos pela significativa contribuição e desejamos que seu comparecimento frutifique em novos eventos e convênios internacionais, e, sobretudo, em parcerias de publicações com os programas brasileiros. Neste particular ressaltamos que pretendemos intensificar a parceria entre o CONPEDI e os programas associados, para que os palestrantes participem não somente dos nossos eventos mas de todos os programas em Direito.

É oportuno lembrar que durante o Congresso foi debatida uma série de temas relevantes: 1) constitucionalismo, jurisdição constitucional e o protagonismo do STF, 2) o novo constitucionalismo latino-americano, 3) o programa *Ciência sem Fronteiras*, do CNPq, 4) o novo currículo Lattes, com uma oficina prática, 5) educação jurídica, 6) os desafios atuais da justiça penal e o novo Código Penal, 7) mestrado profissional no Direito, 8) o plano nacional de pós-graduação, 9) a justiça de transição no Brasil, 10) o Direito Civil constitucional e a autonomia privada, 11) os Direitos Humanos e a inclusão, e 12) o *Qualis* periódico e a classificação de livros, entre outros. Isso tudo, logicamente, dentro do tema central do Congresso – *O novo constitucionalismo latino-americano: desafios da sustentabilidade*.

Tivemos ainda nossa já tradicional exposição de pôsteres pelos graduandos em iniciação científica, o que entendemos fundamental não apenas para melhor preparar os futuros mestrados, mas como forma de diálogo e contribuição da pós-graduação para a graduação. Outras iniciativas com este objetivo estão sendo planejadas e algumas já estarão na programação dos eventos de 2013.

Em Niterói também assinou-se oficialmente um termo de cooperação técnica com a Comissão Nacional da Verdade, em grande medida decorrente da Rede de Observatórios de Memória, Verdade e Justiça. Nos termos acordados, os programas do Direito poderão contribuir de forma mais direta nas ações da comissão, e abriremos em breve um cadastro dos programas que possuem grupos de pesquisa sobre o tema da justiça de transição.

Com relação ao IPEA, cumpre anunciar que participaremos em 2013, em Brasília, da III Conferência do Desenvolvimento (CODE), em que o CONPEDI promoverá

uma mesa-redonda sobre o estado da arte do Direito e Desenvolvimento, além da apresentação de artigos de pesquisadores do Direito, criteriosamente selecionados entre os que serão publicados numa coletânea resultante desta parceria.

Por fim registramos que, nos próximos eventos, tanto em Curitiba como em São Paulo, será utilizado o novo formato de publicação em livro, pelo que esperamos, com responsabilidade, o reconhecimento de mais este significativo esforço da nossa comunidade.

Niterói, novembro de 2012.

Vladmir Oliveira da Silveira
Presidente do CONPEDI

Apresentação

As conexões entre o Direito Privado e o Direito Público, de modo mais específico, a Constituição e os movimentos de “socialização” do Direito, ocupam espaço privilegiado nos fóruns científicos, nas publicações acadêmicas, nos programas de pós-graduação e, de algum modo, também no Poder Judiciário. São diferentes e variegadas as manifestações desse interessante fenômeno, que é particularmente brasileiro¹, as quais se revelam por meio de um complexo aglomerado de linhas de pesquisa e de objetos de investigação. Daí se observar, com grande recorrência, expressões como constitucionalização do Direito Privado, Direito Civil-Constitucional, eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, fundamentalização das relações privadas, publicização do Direito Civil e quejandos. Em paralelo, são também vastas as áreas de interesse dos pesquisadores sobre a função social (do contrato, da propriedade e da empresa), a dignidade humana e a teoria dos princípios.

Esse quadro não é definitivo e já se observa a formação de um discurso crítico em torno dessa metodologia, de seus conceitos e de seus resultados, com maior ou menor intensidade nas objeções teóricas.² Efetivamente, é possível que se faça uma

¹ Sobre essa característica da “brasilidade” desse desenvolvimento teórico, veja-se o que afirmou, com notável honestidade científica, Paulo Lôbo (Direito de família e colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 920, p. 99-114, jun. 2012): “Respeitando as instigantes discussões havidas no direito europeu, temos de concluir que as soluções alvitradas não servem para o direito brasileiro. A doutrina brasileira do direito civil constitucional construiu caminho próprio, no rumo da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, nas duas modalidades acima indicadas, sem se impressionar com as interferências políticas, ideológicas e econômicas do refluxo do Estado de bem-estar social na Europa, nos países em que as demandas sociais encontram-se razoavelmente satisfeitas e que foram beneficiários diretos da globalização econômica”.

² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 102, p. 579-590, jan./dez. 2007; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil : em favor de uma ética biocêntrica. **Revista Trimestral de Direito Civil : RTDC**, v. 35, n. 9, p. 29-41, jul./set. 2008; VILELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça : doutrina** : edição comemorativa, 20 anos. Brasília : STJ, 2009. p. 561-581; Título REIS, Gabriel Valente dos. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do Direito Civil : origens e riscos metodológicos. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 82, p. 92-109, jan./mar. 2010; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito** (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Brasília: Tese de Titularidade, 2011; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito : os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo : Malheiros, 2011; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. In. SOUSA, Marcelo Rebelo

apreciação menos alegórica ou puramente expletiva dos problemas existentes nas conexões entre relações privadas e os direitos fundamentais, independentemente de aspectos ideológicos ou mesmo da área de conhecimento do pesquisador. De entre aqueles que formulam restrições ao chamado “modelo” Civil-Constitucional encontram-se privatistas e publicistas, tanto de matriz liberal, quanto marxista e socialdemocrata. Essa contraposição é mais do que necessária e coaduna-se com idêntico processo histórico ocorrido na Alemanha, quando Konrad Hesse, autor muito influente no Direito Constitucional brasileiro, já advertia sobre os riscos de uma *fundamentalização* da vida privada e da perda de espaços da *Privatautonomie*, os quais deviam ser preservados sob pena de ser a Constituição subalternizada.³

O reconhecimento de que existe um entrelaçamento, não necessariamente obrigatório e nem sempre observável, de áreas do Direito Privado e do Direito Constitucional é importante. Mas, não se pode perder de vista os elementos históricos, metodológicos e a divisão de trabalho entre ambas as províncias jurídicas. A perda desses referenciais tem o péssimo efeito de falsear a História, inutilizar a experiência e a tradição epistemológica de mais de dois mil anos do Direito Civil e criar a falsa impressão de que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 é o “genoma jurídico”, na linguagem ácida de Ernst Forsthoff, de onde partiram todas as inovações normativas e principiológicas e de onde nasce todo o Direito, o que é contrário à natureza das coisas e ao próprio discurso pluralista que muitos adeptos da constitucionalização defendem. Sua relevância para a transformação do direito ordinário é inegável e merecedora de todo os méritos.⁴ Não se admite, porém, é o extremo de se desconstruir totalmente o sistema de Direito Privado.

de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; VERA-CRUZ PINTO, Eduardo (Coords). Estudos em homenagem ao professor doutor Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2012; ASCENSÃO, José de Oliveira. Panorama e perspectivas do direito civil na União Europeia. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** : reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In. MIRANDA, Miranda; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs). **Direitos da personalidade**. São Paulo : Atlas, 2012; MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional** : leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo : Atlas, 2012.

³ HESSE, Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht**. Heidelberg: Müller, 1988. p. 35 e ss.

⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 108.

Como já salientado alhures, é importante o “reconhecimento de que as normas do Código Civil fornecem os meios primários de vinculação dos particulares, sem necessidade de recorrência permanente ao texto constitucional para sua concretização”, porquanto, “no caso brasileiro, porém, o Direito Privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos. A Constituição brasileira de 1988, especialmente no que se respeita à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X), permite o reconhecimento desse paralelismo, sem necessidade de inovação imediata da dignidade humana, e por meio dos filtros da legislação privada”.⁵

O paralelismo entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, *v.g.*, é resultado da existência de regimes normativos no Código Civil e na Constituição, ao exemplo do que se dá na Alemanha, e nem por essa razão há de se concluir pela total aniquilação do espaço conferido ao Direito Civil para reger suas peculiares relações.⁶ No que se refere à onipresente *dignidade humana*, o Supremo Tribunal Federal, no RE 363889, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 2.6.2011, DJe-238 16.12.2011, teve o inegável mérito de, pela primeira vez, dispensá-la como “argumento universal” para as demandas de caráter civil, ainda quando, na espécie, houvesse nítido *parallelismus* entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Esse acórdão, para além de todas as outras qualidades, emprestou (indiretamente) o reconhecimento às advertências já pronunciadas por Ulfried Neumann, sobre uma *absolutização* da dignidade humana. Sendo certo que “a alternativa a um modelo ontológico é uma concepção na qual a dignidade humana não seja compreendida

⁵ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In. MIRANDA, Miranda; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs). Op. cit. p. 18.

⁶ WEICK, Günter. Die Persönlichkeitsrechte. In: STAUDINGERS, J. von. STAUDINGERS, J. von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.** Neubearbeitung 2004 von Norbert Habermann, Heinrich Honsell und Günter Weick. Berlin: Sellier, de Gruyter, 2004. t.1. p. 172.

substantivamente, mas de modo relacional; na qual a dignidade não reside na pessoa, mas na interação entre pessoas”.⁷

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, a dogmática brasileira é majoritariamente favorável à tese de seu caráter imediato, ainda que se valha do referencial teórico alemão, que, ao contrário, é estruturado em torno da *eficácia indireta*. Em larga medida, a tese da eficácia *direta* é tributária do julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 201819, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11-10-2005, DJ 27-10-2006. Os custos argumentativos, políticos e teóricos da eficácia direta devem ser, no entanto, melhor avaliados, especialmente pelos civilistas, seus maiores defensores nos dias atuais. Essa crítica a esse modelo vem se revelando cada vez mais forte em trabalhos de constitucionalistas, o que, por si só, já daria margem para reflexões profundas aos estudiosos do Direito Privado.⁸

A função social da propriedade, do contrato ou da empresa é tema muito apreciado nos estudos civilísticos atuais. A esse volume expressivo de pesquisa corresponde o imperativo de assumir previamente algumas posições de caráter metodológico, ao exemplo da escolha do marco teórico adequado para “testar” as hipóteses ligadas à natureza do direito de propriedade ou da autonomia privada, como também já se assinalou em outra oportunidade.⁹ Mais do que um debate *ideológico*, hoje se está a precisar de um enfrentamento *metodológico*.

⁷ NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In. SALET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade** : ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p. 239.

⁸ Como são os exemplos de escritos recentes de Leonardo Martins (Op. cit. p. 89-116) e Virgílio Afonso da Silva (Op. cit. *passim*).

⁹ “Cuidar de limites à autonomia privada é acertado, mas imaginar que o contratante, ao se vincular negocialmente, deve agir em razão da função social equivale a incluir na estrutura desse direito um elemento não-essencial e que, na maior parte das vezes, nem é suposto pelo sujeito. Os propósitos egoísticos do contratante não podem sofrer sindicância a priori pelo legislador, até porque a livre empresa (ou livre iniciativa) é também princípio constitucional. O objetivo da norma é a previsão de limites à liberdade, o que serve analogicamente de argumento para não incluir no núcleo essencial do direito de propriedade a função social”. Desse modo, “(...) é que se fazem necessários o abandono de debates retóricos em torno do direito de propriedade e a tomada de posição consciente em face das teorias interna e externa, no plano dos direitos fundamentais, aplicada ao Direito Civil. O exame do direito de propriedade, sob a óptica da teoria externa, apresenta-se com melhores condições de resolver os graves problemas decorrentes de seu conflito com a função social. Entre ambos não se pode preestabelecer

Essas considerações introdutórias servem de capítulo de abertura do livro eletrônico “Relações Privadas e Democracia”, que corresponde aos Anais do Grupo de Trabalho de idêntico objeto, reunido por ocasião do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido no *campus* da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 31.10.2012 a 3.11.2012.

O grupo de trabalho (GT) congregou professores universitários, estudantes de pós-graduação e de graduação, pesquisadores e bolsistas de programas de incentivo à pesquisa e à extensão, sob a coordenação dos autores deste capítulo. As apresentações e os debates transcorreram de maneira extremamente produtiva, com a submissão das hipóteses apresentadas ao criterioso exame e à leal crítica de coordenadores e participantes do GT.

Esta publicação eletrônica divide-se em seis partes, com vinte e três textos, divididos conforme a respectiva afinidade temática, seguindo-se essa ordem: 1) Direitos da personalidade; 2) Eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; 3) Relações obrigacionais, autonomia privada, função social e direitos fundamentais; 4) Relações privadas e função social; 5) Direito de Família e direitos fundamentais; 6) Relações privadas, democracia e resolução de conflitos; 7) Relações privadas e Direito do Trabalho.

A seleção dos trabalhos para apresentação no congresso deu-se segundo os critérios do CONPEDI e sua inclusão neste livro é decorrência desse modelo de escolha. Nenhum dos artigos, portanto, foi excluído e não se realizaram modificações posteriores. É de ser registrado que as críticas e os debates deram margem a que os autores eventualmente refletissem sobre seus resultados, mas, em face dos compreensíveis prazos de editoração, esses aditamentos não puderam ser incorporados.

A natureza destes anais limita a atuação dos coordenadores ao mero ofício de ordenar e distribuir os textos, seguindo-se uma coerência temática, além, é claro, da produção deste capítulo introdutório, no qual fica exposta sua visão sobre diversos pontos

relação de primazia, mas, sim, de restrição. Ao legislador deve-se preservar a margem de conformação, sem juízos *a priori*, como se sua atividade fosse necessariamente boa ou ruim” (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Propriedade e função social... p. 86 e 89).

abordados no livro e, a respeito dos quais, os coordenadores mantêm sua orientação e, eventualmente, divergem de algumas das conclusões oferecidas. No entanto, como já realçado, o importante é que o debate sobre as “Relações privadas e democracia” amplie suas dimensões e que diferentes leituras dos problemas conexos sejam oferecidas à comunidade acadêmica e ao povo brasileiro.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Otávio Luiz Rodrigues – UFF

Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto – UFMG

Professor Doutor Nelson Luiz Pinto – UERJ