

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

Direito Civil Contemporâneo

*Estatuto epistemológico, Constituição
e direitos fundamentais*



FORENSE
UNIVERSITÁRIA

**3^a
edição**

*Revista, atualizada
e ampliada*

O autor e a editora empenharam-se para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores dos direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos caso, inadvertidamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

Não é responsabilidade da editora nem do autor a ocorrência de eventuais perdas ou danos a pessoas ou bens que tenham origem no uso desta publicação.

Apesar dos melhores esforços do autor, do editor e dos revisores, é inevitável que surjam erros no texto. Assim, são bem-vindas as comunicações de usuários sobre correções ou sugestões referentes ao conteúdo ou ao nível pedagógico que auxiliem o aprimoramento de edições futuras. Os comentários dos leitores podem ser encaminhados à **Forense Universitária** pelo e-mail faleconosco@grupogen.com.br.

Direitos exclusivos para a língua portuguesa

Copyright © 2023 by

FORENSE UNIVERSITÁRIA um selo da EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição na internet ou outros), sem permissão expressa da editora.

Travessa do Ouvidor, 11

Rio de Janeiro, RJ – CEP 20040-040

Tels.: 21-3543-0770 / 11-5080-0770

Fax: 21-3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br

www.grupogen.com.br

Data de fechamento: 03.10.2022

Designer de capa: Rejane Megale Figueiredo

Imagem de capa: ©Archive PL / Alamy Banco de imagens

Editoração Eletrônica: Edel

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

R613d

Rodrigues Jr., Otavio Luiz

Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 3. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-65-5964-623-4

1. Direito civil – Brasil. 2. Direitos fundamentais – Brasil. I. Título.

22-80494

CDU: 347(81)



Gabriela Faray Ferreira Lopes – Bibliotecária – CRB-7/6643

.....

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	xxxi
INTRODUÇÃO	1
§ 1. O nascimento e a evolução da moderna metódica do Direito Civil	1
1.1. Savigny, o “jurista global” e a metódica das metódicas	1
1.2. Metódica em transformação: Larenz, Wieacker e Esser	6
1.3. Crise de hegemonia: sistema, constitucionalização e redes	11
§ 2. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo: autonomia, constitucionalização e o espaço dos direitos fundamentais	17
§ 3. Plano do trabalho, delimitação do objeto e tese	21
3.1. Plano do trabalho	21
3.2. Delimitação do objeto	23
3.3. Tese	23
METODOLOGIA DA PESQUISA	
§ 4. Plano do capítulo	25
§ 5. Aspectos materiais e objetivos da pesquisa	25
5.1. Método	25
5.2. Delimitações terminológicas: Direito Civil e Direito Privado	28
5.3. Delimitações terminológicas: “distinção sistemática” e “grande dicotomia”	29
5.4. Delimitações terminológicas: eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, eficácia em face de terceiros e <i>Drittwirkung</i>	30
§ 6. Aspectos formais da pesquisa	32
6.1. Uso de idiomas estrangeiros e regras ortográficas intertemporais	32
6.2. Transcrições, notações e referências bibliográficas	32
6.3. Acesso às fontes: bibliotecas e portais	33

6.4. Citação de fontes jurisprudenciais	34
6.5. Fontes legislativas	35
PRIMEIRA PARTE	37
CAPÍTULO PRIMEIRO	
PUBLICIZAÇÃO, SOCIALIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO	39
§ 7. A “distinção sistemática” e o positivismo jurídico	39
§ 8. Da publicização à privatização do Direito?	41
8.1. Acordo semântico: o sentido de privatização	41
8.2. A locomotiva do Direito Público nos territórios do Direito Privado	42
8.3. Publicização e socialização do Direito Privado	44
8.4. A tese anglo-americana da “crise do contrato” e sua recepção no Brasil: Gilmore, Horwitz e Atiyah	47
8.5. Privatização do Direito: a virada dos anos 1980-1990	50
8.5.1. Liberalismo, neoliberalismo e Quarta Revolução Industrial	50
8.5.2. O caso especial do Direito Administrativo: desestatização, privatização e deslegalização	53
CAPÍTULO SEGUNDO	
AS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO (OU SOBRE COMO AVIVENTAR RUMOS APAGADOS E RENOVAR MARCOS ARRUINADOS OU DESTRUÍDOS)	61
§ 9. Introdução: Refeudalização e novas fronteiras	61
§ 10. Pluralismo jurídico: <i>Expertenrecht</i> , <i>soft law</i> e <i>Internet</i>	63
10.1. O direito dos especialistas e o <i>soft law</i>	63
10.2. Regulação público-privada da <i>Internet</i> ?	65
§ 11. Paradigmas em crise e o “bando dos quatro”	66
§ 12. Novas fronteiras para o direito privado	68
12.1. Introdução	68
12.2. Direito de Família: O avanço da autodeterminação sobre a tutela estatal	68

12.3. Direito das Sucessões: simplificação e flexibilização	74
12.4. Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD): mais autonomia, menos proteção?	76
12.5. Direito Civil e antidiscriminação: Experiências norte-americana e alemã	77
12.6. “Privatização” do Direito Processual?	81
12.7. Direito Ambiental e a “tragédia dos comuns”	83
12.8. Antitruste e <i>private enforcement</i> : tutela privada da concorrência	84
§ 13. Conclusões parciais	87
 CAPÍTULO TERCEIRO A VISÃO DA DOCTRINA NACIONAL, O DIREITO ROMANO E AS TEORIAS SOBRE A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”	
§ 14. Considerações iniciais	89
§ 15. A “grande dicotomia” na doutrina brasileira	91
15.1. Doutrina nacional do século XIX até 1988	91
15.2. A “grande dicotomia” no cenário pós-1988	96
§ 16. Extinção ou mitigação da “distinção sistemática”: catálogo de fundamentos da civilística brasileira	98
§ 17. Origens romanas, medievais e da Idade Moderna: <i>Ius Publicum e Ius Privatum</i>	100
§ 18. Repasse das principais teorias sobre a “distinção sistemática”	104
 CAPÍTULO QUARTO A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”: PERMANÊNCIA, UTILIDADE E FUNDAMENTOS	
§ 19. Autonomia e diferenciação do Direito Privado: entre a permanência e a utilidade nas relações jurídicas contemporâneas	111
19.1. A organização da jurisdição e a diferenciação específica	111
19.2. A “distinção sistemática” e a formação jurídica	113
19.3. A “distinção sistemática” no universo das relações privadas	113

§ 20. A recodificação do Direito Civil e os espaços normativos do Direito Privado	122
§ 21. Fatores culturais, teóricos, práticos e significativo-ideológicos	124
§ 22. Objeções e fundamentos contemporâneos para a manutenção da “distinção sistemática”	124
§ 23. Conclusões parciais da Primeira Parte	150
SEGUNDA PARTE	153
CAPÍTULO QUINTO	
O DIREITO CIVIL ENTRE A AUTONOMIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO: EM BUSCA DE UM ACORDO SEMÂNTICO (OU SOBRE COMO SERVIR VINHO VELHO EM TAÇAS NOVAS)	
§ 24. A “metáfora das ilhas do Canal” e os acordos semânticos	155
24.1. Introdução: vinho velho em taças novas	155
24.2. As Ilhas do Canal: tropas de ocupação ou imigrantes ilegais?	156
§ 25. O impacto da constitucionalização do Direito Civil na literatura jurídica brasileira	159
§ 26. A crise de formalismo jurídico e as novas escolas jurídicas: o avanço do não positivismo no final do século XX	163
§ 27. A “roupa nova do imperador”: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e constitucionalização	170
CAPÍTULO SEXTO	
O QUE NÃO É CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	
§ 28. Colocação do problema	179
§ 29. Constitucionalização como “sobreinterpretação” ou reinterpretação das normas ordinárias a partir da Constituição	180
§ 30. Constitucionalização como elevação da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil	186
§ 31. Constitucionalização como a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico	190

§ 32. Constitucionalização como controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional das normas	196
§ 33. Constitucionalização como uso de cláusulas gerais e como “perturbação das prestações”, sem relação direta com a Constituição	202
§ 34. Constitucionalização como interpretação progressista ou como socialização do Direito Civil	211
§ 35. Conclusões parciais	220
CAPÍTULO SÉTIMO	
O QUE É CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	223
§ 36. Colocação do problema	223
§ 37. Constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional	225
§ 38. Constitucionalização por reforma legislativa	233
§ 39. Constitucionalização por juridicização das normas constitucionais ...	239
§ 40. Constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do Direito Constitucional	243
§ 41. <i>Excursus</i> : Constitucionalização em sentido jurídico-político (constitucionalização e reconstitucionalização) e jurídico-sociológico (constitucionalização simbólica)	247
§ 42. Conclusões parciais	249
TERCEIRA PARTE	251
CAPÍTULO OITAVO	
DIREITO CIVIL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NASCIMENTO DE UM NOVO OBJETO EPISTEMOLÓGICO	253
§ 43. Introdução	253
§ 44. O renascimento de uma nação: do “patriotismo imperial” ao “patriotismo constitucional”	256
44.1. A reconstrução nacional pós-1945 e a reconstitucionalização da Alemanha com os “avós fundadores”	256
44.2. Em busca de um “guardião da Constituição”	259
44.3. O alvorecer do Tribunal Constitucional e o Direito Civil: o caso Lüth	262

§ 45. O <i>Lüth-Urteil</i> (ou como se resolver um caso de Direito Civil na jurisdição constitucional com respeito aos métodos civilísticos)	266
45.1. Introdução	266
45.2. Contexto histórico do caso Lüth: cinema, política e justiça	267
45.3. Elementos descritivos do caso Lüth e a decisão do TCF	271
45.4. Os fundamentos jurídicos do caso Lüth: interpretação constitucional e Direito Civil	272
45.4.1. Estudo analítico interno-externo dos fundamentos do caso Lüth	272
45.4.2. Ponto de partida: a doutrina de Jellinek	273
45.4.3. Respeito à “grande dicotomia”	275
45.4.4. Interpretação gramatical	276
45.4.5. Interpretação lógico-sistemática	276
45.4.6. Interpretação histórica	277
§ 46. A introdução do conceito de “ordem objetiva de valores” e o uso da ponderação em um caso de Direito Civil	279
46.1. A “ordem objetiva de valores”	279
46.2. A ponderação e o Direito Civil	284
§ 47. Os legados do caso <i>Lüth</i> ao discurso metodológico do Direito Civil ..	285
47.1. O despertar para uma nova realidade metodológica	285
47.2. Respeito aos métodos, aos padrões decisórios e à gramática do Direito Civil	285
47.3. A complexidade interpretativa e a ponderação	287
47.4. Eficácia indireta dos direitos fundamentais	289
CAPÍTULO NONO	
EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA E NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO COMO NOVA “PARTE GERAL” DO ORDENAMENTO JURÍDICO	
§ 48. Hans Carl Nipperdey: o civilista criador da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais	291
§ 49. A teoria de Nipperdey e a jurisprudência do BAG sobre a eficácia dos direitos fundamentais	295

49.1. Principais postulados da teoria de Nipperdey	295
49.2. A doutrina da eficácia direta na jurisprudência do BAG: ascensão e queda de um marco teórico	297
§ 50. Principais postulados da eficácia direta no Direito Alemão	301
§ 51. Situação atual da doutrina da eficácia direta na Alemanha	303
51.1. Panorama na doutrina alemã	303
51.2. Panorama na jurisprudência do TCF	303
§ 52. A exportação da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares	306
§ 53. Panorama da recepção da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito brasileiro	310
§ 54. Principais postulados da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no Brasil	312
54.1. Dualidade de modelos de eficácia direta	312
54.2. Modelo <i>fraco</i> de eficácia direta	313
54.3. Modelo <i>forte</i> de eficácia direta	315
54.4. Modelo sincrético (ou um não modelo)	318
 CAPÍTULO DÉCIMO	
EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORDEM OBJETIVA DE VALORES E AUTONOMIA DO DIREITO CIVIL	
§ 55. Introdução	319
§ 56. O soldado do constitucionalismo da “ordem objetiva de valores”	320
§ 57. Principais postulados da teoria de Günter Dürig sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares	323
§ 58. Situação da teoria da eficácia indireta na Alemanha	324
§ 59. Estado atual da teoria da eficácia indireta no Brasil	326
§ 60. <i>Excursus</i> : Não eficácia dos direitos fundamentais (Diederichsen), modelo da convergência estatista (Schwabe), modelo dos três níveis (Alexy) e modelo da <i>state action</i>	328
60.1. Introdução	328

60.2. Modelo da não eficácia dos direitos fundamentais	328
60.3. Modelo da convergência estatista	331
60.4. Modelo de três níveis (Robert Alexy)	331
60.5. Modelo da <i>state action</i>	332
§ 61. <i>Excursus</i> : a “força normativa da constituição” de Konrad Hesse e a eficácia dos direitos fundamentais	333
61.1. Introdução	333
61.2. Konrad Hesse, o jurista de Königsberg	335
61.3. A força normativa da Constituição: o livro e seu impacto na literatura internacional	335
61.4. O que é afinal a “força normativa da Constituição”?	339
61.5. A recepção da obra no Brasil	341
CAPÍTULO DÉCIMO PRIMEIRO	
EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS	
RELAÇÕES PRIVADAS: PRINCIPAIS PROBLEMAS E PROPOSTA DE	
UM MODELO	345
§ 62. O “jogo dos absurdos não aparentes” e duas posições realistas sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares	345
§ 63. A interpretação do art. 5º, § 1º, CF/1988, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares	349
§ 64. Natureza <i>tendencialmente</i> abstrata das normas de direitos fundamentais	352
§ 65. A indispensabilidade da filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil	354
§ 66. As cláusulas gerais: função, suficiência e combinação com normas objetivas	358
§ 67. O barateamento dos princípios constitucionais e a banalização dos direitos fundamentais	359
§ 68. Direito Civil: soluções intrassistemáticas e influência no sistema de Direito Público	362
§ 69. Unidade da ordem jurídica e fundamentação do Direito Civil: a autonomia privada	364

§ 70. Preservação do espaço normativo da lei	366
§ 71. A questão dos poderes sociais ou poderes privados	368
§ 72. O fator de correção interno e o modelo <i>fraco</i> de eficácia indireta dos direitos fundamentais	370
CONCLUSÃO	373
§ 73. A vertigem das listas e “uma certa enciclopédia chinesa”	373
§ 74. “Distinção sistemática”, constitucionalização e modelo <i>fraco</i> de eficácia indireta	374
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	379
FONTES LEGISLATIVAS (REPOSITÓRIOS ELETRÔNICOS)	423
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA CITADA	425