

Otávio Luiz Rodrigues Jr.

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento
de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



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 © 2019 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

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. – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2019.

23 cm.

Inclui bibliografia e índice

“Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”

ISBN 978-85-309-8257-7

1. Direito civil – Brasil. 2. Processo civil – Brasil. 3. Direitos fundamentais – Brasil. I. Título.

18-52492

CDU: 347:342(81) (094.5)

Leandra Felix da Cruz – Bibliotecária – CRB-7/6135

1195000

.....

SUMÁRIO

PRÓLOGO	v
APRESENTAÇÃO	ix
PREFÁCIO.....	xi
ABREVIATURAS.....	xxiii
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	5
1.3. Crise de hegemonia: sistema, constitucionalização e redes	9
§ 2. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo: autonomia, constitucionalização e o espaço dos direitos fundamentais	15
§ 3. Plano do trabalho, delimitação do objeto e tese	19
3.1. Plano do trabalho	19
3.2. Delimitação do objeto	21
3.3. Tese	21
METODOLOGIA DA PESQUISA	23
§ 4. Plano do capítulo	23
§ 5. Aspectos materiais e objetivos da pesquisa	23
5.1. Método	23
5.2. Delimitações terminológicas: Direito Civil e Direito Privado	26
5.3. Delimitações terminológicas: “Distinção sistemática” e “grande dicotomia”	27
5.4. Delimitações terminológicas: eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, eficácia em face de terceiros e <i>Drittwirkung</i>	28
§ 6. Aspectos formais da pesquisa.....	30
6.1. Uso de idiomas estrangeiros e regras ortográficas intertemporais	30
6.2. Transcrições, notações e referências bibliográficas	30

6.3. Acesso às fontes: bibliotecas e portais	31
6.4. Citação de fontes jurisprudenciais.....	32
6.5. Fontes legislativas	33
PRIMEIRA PARTE	35
CAPÍTULO PRIMEIRO	
PUBLICIZAÇÃO, SOCIALIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO	37
§ 7. A “distinção sistemática” e o positivismo jurídico	37
§ 8. Da publicização à privatização do Direito?	39
8.1. Acordo semântico: o sentido de privatização	39
8.2. A locomotiva do Direito Público nos territórios do Direito Privado	40
8.3. Publicização e socialização do Direito Privado	41
8.4. A tese anglo-americana da “crise do contrato” e sua recepção no Brasil: Gilmore, Horwitz e Atiyah	44
8.5. Privatização do Direito: a virada dos anos 1980-1990	48
8.5.1. <i>Liberalismo, neoliberalismo e Quarta Revolução Industrial</i>	48
8.5.2. <i>O caso especial do Direito Administrativo: desestatização, privatização e deslegalização</i>	51
CAPÍTULO SEGUNDO	
AS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO (OU SOBRE COMO AVIDENTAR RUMOS APAGADOS E RENOVAR MARCOS ARRUINADOS OU DESTRUÍDOS).....	57
§ 9. Introdução: Reafeudalização e novas fronteiras	57
§ 10. Pluralismo jurídico: <i>Expertenrecht, soft law e Internet</i>	59
10.1. O direito dos especialistas e o <i>soft law</i>	59
10.2. Regulação público-privada da <i>Internet?</i>	61
§ 11. Paradigmas em crise e o “bando dos quatro”	62
§ 12. Novas fronteiras para o direito privado.....	64
12.1. Introdução	64
12.2. Direito de Família: avanço da autodeterminação sobre a tutela estatal	64
12.3. Direito das Sucessões: simplificação e flexibilização.....	70

12.4. Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD): mais autonomia, menos proteção?	70
12.5. Direito Civil e antidiscriminação: experiências norte-americana e alemã	71
12.6. “Privatização” do Direito Processual?	74
12.7. Direito Ambiental e a “tragédia dos comuns”	77
12.8. Antitruste e <i>private enforcement</i> : tutela privada da concorrência	78
§ 13. Conclusões parciais	80
CAPÍTULO TERCEIRO	
A VISÃO DA DOCTRINA NACIONAL, O DIREITO ROMANO E AS TEORIAS SOBRE A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”	
	83
§ 14. Considerações iniciais	83
§ 15. A “grande dicotomia” na doutrina brasileira	85
15.1. Doutrina nacional do século XIX até 1988	85
15.2. A “grande dicotomia” no cenário pós-1988	90
§ 16. Extinção ou mitigação da “distinção sistemática”: catálogo de fundamentos da civilística brasileira	92
§ 17. Origens romanas e medievais: <i>Ius Publicum</i> e <i>Ius Privatum</i>	94
§ 18. Repasse das principais teorias sobre a “distinção sistemática”	98
CAPÍTULO QUARTO	
A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”: PERMANÊNCIA, UTILIDADE E FUNDAMENTOS	
	105
§ 19. Autonomia e diferenciação do Direito Privado: entre a permanência e a utilidade nas relações jurídicas contemporâneas	105
19.1. A organização da jurisdição e a diferenciação específica	105
19.2. A “distinção sistemática” e a formação jurídica	107
19.3. A “distinção sistemática” no universo das relações privadas	107
§ 20. A recodificação do Direito Civil e os espaços normativos do Direito Privado	115
§ 21. Fatores culturais, teóricos, práticos e significativo-ideológicos	117

§ 22. Objecções e fundamentos contemporâneos para a manutenção da “distinção sistemática”	118	
§ 23. Conclusões parciais da Primeira Parte	142	
SEGUNDA PARTE	145	
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)		147
§ 24. A “metáfora das ilhas do Canal” e os acordos semânticos	147	
24.1. Introdução: vinho velho em taças novas. 24.2.	147	
24.2. As Ilhas do Canal: tropas de ocupação ou imigrantes ilegais?	148	
§ 25. O impacto da constitucionalização do Direito Civil na literatura jurídica brasileira	150	
§ 26. A crise de formalismo jurídico e as novas escolas jurídicas: o avanço do não positivismo no final do século XX	155	
§ 27. A “roupa nova do imperador”: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e constitucionalização	161	
CAPÍTULO SEXTO		
O QUE NÃO É CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....		167
§ 28. Colocação do problema	167	
§ 29. Constitucionalização como “sobreinterpretação” ou reinterpretção das normas ordinárias a partir da Constituição	168	
§ 30. Constitucionalização como elevação da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil	173	
§ 31. Constitucionalização como a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico	177	
§ 32. Constitucionalização como controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional das normas	181	

§ 33. Constitucionalização como uso de cláusulas gerais e como “perturbação das prestações”, sem relação direta com a Constituição	186
§ 34. Constitucionalização como socialização ou interpretação progressista do Direito Civil	195
§ 35. Conclusões parciais	203
CAPÍTULO SÉTIMO	
O QUE É CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	205
§ 36. Colocação do problema	205
§ 37. Constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional	207
§ 38. Constitucionalização por reforma legislativa	215
§ 39. Constitucionalização por juridicização das normas constitucionais	220
§ 40. Constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do Direito Constitucional	224
§ 41. <i>Excursus</i> : Constitucionalização em sentido jurídico-político (constitucionalização e reconstitucionalização) e jurídico-sociológico (constitucionalização simbólica)	228
§ 42. Conclusões parciais	230
TERCEIRA PARTE.....	233
CAPÍTULO OITAVO	
DIREITO CIVIL E DIREITOS FUNDAMENTAIS:	
O NASCIMENTO DE UM NOVO OBJETO EPISTEMOLÓGICO	235
§ 43. Introdução	235
§ 44. O renascimento de uma nação: do “patriotismo imperial” ao “patriotismo constitucional”	237
44.1. A reconstrução nacional pós-1945 e a reconstitucionalização da Alemanha com os “avós fundadores”	237
44.2. Em busca de um “guardião da Constituição”	241
44.3. O alvorecer do Tribunal Constitucional e o Direito Civil: o caso Lüth	244

§ 45. O <i>Lüth-Urteil</i> (ou como se resolver um caso de Direito Civil na jurisdição constitucional com respeito aos métodos civilísticos)	248
45.1. Introdução	248
45.2. Contexto histórico do caso <i>Lüth</i> : cinema, política e justiça	252
45.3. Elementos descritivos do caso <i>Lüth</i> e a decisão do TCF	253
45.4. Os fundamentos jurídicos do caso <i>Lüth</i> : interpretação constitucional e Direito Civil.....	253
45.4.1. <i>Estudo analítico interno-externo dos fundamentos do caso Lüth</i>	253
45.4.2. <i>Ponto de partida: a doutrina de Jellinek</i>	254
45.4.3. <i>Respeito à “grande dicotomia”</i>	256
45.4.4. <i>Interpretação gramatical</i>	257
45.4.5. <i>Interpretação lógico-sistemática</i>	257
45.4.6. <i>Interpretação histórica</i>	258
§ 46. A introdução do conceito de “ordem objetiva de valores” e o uso da ponderação em um caso de Direito Civil	260
46.1. A “ordem objetiva de valores”	260
46.2. A ponderação e o Direito Civil	264
§ 47. Os legados do caso <i>Lüth</i> ao discurso metodológico do Direito Civil.....	265
47.1. O despertar para uma nova realidade metodológica	265
47.2. Respeito aos métodos, aos padrões decisórios e à gramática do Direito Civil	266
47.3. A complexidade interpretativa e a ponderação.....	267
47.4. Eficácia indireta dos direitos fundamentais	269
 CAPÍTULO NONO	
EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA E NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO COMO NOVA “PARTE GERAL” DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	
	271
§ 48. Hans Carl Nipperdey: o civilista criador da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais.....	271

§ 49. A teoria de Nipperdey e a jurisprudência do BAG sobre a eficácia dos direitos fundamentais	275
49.1. Principais postulados da teoria de Nipperdey	275
49.2. A doutrina da eficácia direta na jurisprudência do BAG: ascensão e queda de um marco teórico.....	277
§ 50. Principais postulados da eficácia direta no Direito Alemão	281
§ 51. Situação atual da doutrina da eficácia direta na Alemanha.....	282
51.1. Panorama na doutrina alemã.....	282
51.2. Panorama na jurisprudência do TCF	283
§ 52. A exportação da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares	284
§ 53. Panorama da recepção da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito brasileiro	286
§ 54. Principais postulados da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no Brasil.....	288
54.1. Dualidade de modelos de eficácia direta.....	288
54.2. Modelo <i>fraco</i> de eficácia direta	289
54.3. Modelo <i>forte</i> de eficácia direta.....	291
54.4. Modelo sincrético (ou um não modelo)	294
CAPÍTULO DÉCIMO	
EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:	
ORDEM OBJETIVA DE VALORES E AUTONOMIA DO	
DIREITO CIVIL.....	295
§ 55. Introdução	295
§ 56. O soldado do constitucionalismo da “ordem objetiva de valores”	296
§ 57. Principais postulados da teoria de Günter Dürig sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares	298
§ 58. Situação da teoria da eficácia indireta na Alemanha.....	299
§ 59. Estado atual da teoria da eficácia indireta no Brasil	300

§ 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>	301
60.1. Introdução	301
60.2. Modelo da não eficácia dos direitos fundamentais	302
60.3. Modelo da convergência estatista	302
60.4. Modelo de três níveis (Robert Alexy)	303
60.5. Modelo da <i>state action</i>	304
§ 61. <i>Excursus</i> : A “força normativa da constituição” de Konrad Hesse e a eficácia dos direitos fundamentais	304
61.1. Introdução	304
61.2. Konrad Hesse, o jurista de Königsberg	306
61.3. <i>A força normativa da Constituição</i> : o livro e seu impacto na literatura internacional	306
61.4. O que é afinal a “força normativa da Constituição”?	310
61.5. A recepção da obra no Brasil	312
 CAPÍTULO DÉCIMO PRIMEIRO EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: PRINCIPAIS PROBLEMAS E PROPOSTA DE UM MODELO	
§ 62. O “jogo dos absurdos não aparentes” e duas posições realistas sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares.....	317
§ 63. A interpretação do art. 5º, § 1º, CF/1988, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares	321
§ 64. Natureza <i>tendencialmente</i> abstrata das normas de direitos fundamentais	322
§ 65. A indispensabilidade da filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil.....	324
§ 66. As cláusulas gerais: função, suficiência e combinação com normas objetivas.....	327
§ 67. O barateamento dos princípios constitucionais e a banalização dos direitos fundamentais.....	328

§ 68. Direito Civil: soluções intrassistemáticas e influência no sistema de Direito Público	329
§ 69. Unidade da ordem jurídica e fundamentação do Direito Civil: a autonomia privada	332
§ 70. Preservação do espaço normativo da lei	333
§ 71. A questão dos poderes sociais ou poderes privados	335
§ 72. O fator de correção interno e o modelo <i>fraco</i> de eficácia indireta dos direitos fundamentais	336
CONCLUSÃO	339
§ 73. A vertigem das listas e “uma certa enciclopédia chinesa”	339
§ 74. “Distinção sistemática”, constitucionalização e modelo <i>fraco</i> de eficácia indireta.....	340
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	345
FONTES LEGISLATIVAS (REPOSITÓRIOS ELETRÔNICOS)	385
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA CITADA	387