

.....

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 AVIDENTAR 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 DOUTRINA NACIONAL, O DIREITO ROMANO E AS TEORIAS SOBRE A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”	89
§ 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</i> e <i>Ius Privatum</i>	100
§ 18. Repasse das principais teorias sobre a “distinção sistemática”	104
 CAPÍTULO QUARTO	
A “DISTINÇÃO SISTEMÁTICA”: PERMANÊNCIA, UTILIDADE E FUNDAMENTOS	111
§ 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 reinterpretção 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	319
§ 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