

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Metódica em Transformação

A Ponderação no Direito Civil Brasileiro

William Galle Dietrich

2ª edição

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O ACOPLAMENTO ENTRE PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

3.1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CAPÍTULO

Até este momento, a pesquisa apresentou o surgimento da proporcionalidade, no Direito Público – o que se deu por intermédio da consolidação do ALR e dos julgamentos do Supremo Tribunal Administrativo no contexto alemão –, assim como a aparição da ponderação, no Direito Privado, nas discussões envolvendo a Jurisprudência dos Interesses. Essas apresentações foram feitas no primeiro e segundo capítulo, respectivamente.

O capítulo, em que agora se adentra, buscará demonstrar qual foi o processo de agrupamento entre essas duas figuras. Colocado em forma de uma pergunta: como esses dois conceitos, oriundos de áreas distintas do direito, agruparam-se ao ponto de se tornarem um só? A resposta, a qual já se adianta, é que esse acoplamento ocorreu pela atuação do Tribunal Constitucional Federal, na década de 1950. Para demonstrar esse processo, o capítulo desdobra-se em cinco seções.

Na primeira seção, apresentar-se-á o contexto político do Tribunal Constitucional Federal: (i) as discussões prévias sobre sua legitimidade como guardião da Constituição, por meio de um breve retorno ao debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt; (ii) o contexto e as razões pensadas pelos, na expressão criada por Otavio Luiz Rodrigues Jr., “avós funda-

dores¹ da Constituição alemã do pós guerra e (iii) os desafios políticos que o TCF encontrou para que fosse reconhecido como um poder independente na Alemanha, especialmente após sua atuação nos casos *Lüth* e das farmácias, ambos de 1958.

A segunda e a terceira seção tratarão de explicar ambas as decisões. Em *Lüth*, qual o seu contexto, como o TCF passou a subordinar o Direito Privado aos direitos fundamentais e como a ponderação entrou na gramática de suas decisões. No caso das farmácias, como o TCF subordinou o Poder Legislativo aos direitos fundamentais e como a ponderação foi integrada como uma etapa da proporcionalidade.

Com tal demonstração, pretende-se completar uma das primeiras grandes tarefas da pesquisa: demonstrar como proporcionalidade e ponderação se acoplaram, tendo elas surgido de áreas distintas do Direito.

Após isso, a quarta e a quinta seção buscarão se debruçar sobre os efeitos desse acoplamento. A investigação tratará, em suma, de demonstrar o que aconteceu no dia depois de *Lüth* e das farmácias, a saber, quais foram as consequências que surgiram dessa alteração paradigmática ocorrida no TCF.

3.2. O TCF NOS ANOS 1950: UM TRIBUNAL EM BUSCA DE UM LUGAR AO SOL

3.2.1. Kelsen, Schmitt e a busca pelo guardião da Constituição

Antes mesmo do início da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi palco de uma conhecida disputa acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição². O debate, que se deu entre Hans Kelsen, Heinrich Triepel e Carl Schmitt, ficou mais conhecido pelos argumentos do primeiro e do último.³ A discussão estabelecida entre ambos ocorre entre os anos de 1928 e 1931, em três textos: em 1928, Kelsen publicou, na França, um

-
1. Expressão adaptada de "pais fundadores", de uso geral nos Estados Unidos, em razão da idade dos constituintes alemães do segundo pós-guerra. Em língua portuguesa, a primazia da expressão "avós fundadores" é de: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 256–257.
 2. Toda a estrutura desta seção foi originalmente desenvolvida por Otavio Luiz Rodrigues Jr., em sua tese de livre-docência, e apropriada neste texto, cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 259-261.
 3. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 260.

ensaio intitulado “*A garantia jurisdiccional da Constituição*”; em 1931, Schmitt publicou, em resposta a Kelsen, “*A defesa da Constituição*”; e, por fim, a réplica kelseniana veio no mesmo ano, em texto denominado de “*Quem deve ser o Guardião da Constituição?*”⁴.

Schmitt – que viria a aderir ao nacional-socialismo posteriormente – sustentou que as divergências dos sujeitos ativos de direitos políticos geralmente não podem ser dirimidas pela via judicial, exceto nos casos em que se esteja falando de transgressões manifestamente claras da Constituição. Com base em tal argumento, Schmitt afirmou que tais litígios deveriam ser submetidos a um terceiro neutro, vale dizer, um poder neutro e moderador, ao qual os outros poderes não estejam subordinados, mas antes, que esteja no mesmo nível, apenas “revestido de atribuições especiais e provido de certas possibilidades de intervenção”.⁵ Tal teoria, de um poder neutro e moderador iria ao encontro da ideia de que, em um Estado de Direito, seria precipitado confiar a um poder a guarda da Constituição, na medida em que “em tal caso poderia haver um predomínio sobre os demais”.⁶ Isso também demonstra a atualidade da preocupação de Schmitt,⁷ especialmente no século XXI em que as atuações das Supremas Cortes sofrem cada vez mais com contestações e até indícios de resistência ao cumprimento de suas decisões por outras

4. Sobre essa polémica: DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: Origem, fundamento e limitações à luz da própria “Reine Rechtslehre”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010. Item 3, especialmente.

5. SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p. 213.

6. Segundo Schmitt, o *pouvoir neutre* pode ser visto em quase todas as Constituições, de um ou de outro modo: “en la historia constitucional del siglo XIX aparece una teoría especial del *pouvoir neutre*, *intermédiaire* y *régulateur* en Benjamin Constant, con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica. Esta teoría pertenece esencialmente al grupo de las teorías constitucionales del Estado cívico de Derecho, y no sólo ha influido en las dos Constituciones por las que fue literalmente recogida [e aquí Schmitt cita a Constituição brasileira de 1824 que previa, em seu artigo 98, o poder moderador], sino que a ella se refiere el catálogo típico de prerrogativas y atribuciones del jefe del Estado (Monarca o Presidente del Estado), imaginadas todas ellas como elementos y posibilidades de intervención de semeiante *pouvoir neutre*: inviolabilidad o, por lo menos, posición privilegiada del Jefe del Estado, refrendo y promulgación de las leyes, prerrogativa de indulto, nombramiento de Ministros y funcionarios, disolución de la Cámara de elección popular. En casi todas las Constituciones de los Estados más extensos, en cuanto corresponden al tipo cívico de Estado de Derecho, lo mismo en las monarquías que en las repúblicas, puede percibirse de uno u otro modo esta construcción, independientemente de si la situación política permite o no su ejercicio” (SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p. 214–215).

7. Nesse sentido, “As preocupações de Schmitt seguem atuais: um Tribunal Constitucional com tamanhos poderes terminaria por politizar a Justiça e colocar os juizes em uma posição de decisão sobre o *status quo* político sem legitimidade para tanto, aproximando-se dos velhos esquemas aristocráticos de exercício do poder” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 260–261).

autoridades.⁸ O argumento de Schmitt parece, assim, ser profético, uma vez que na atualidade, de fato, alguns Tribunais em determinados países têm efetivamente exercido um predomínio sobre os demais poderes.

Schmitt defende, assim, que a Constituição de Weimar abre a possibilidade de que o Presidente do Reich exerça tal poder – neutro, mediador, regulador e tutelar. Ele visualiza, por exemplo, que algumas atribuições do Presidente do Reich “correspondem tipicamente ao repertório de atribuições do Chefe de Estado”, entre elas: a nomeação de funcionário conforme o art. 46; o direito de indulto segundo o artigo 49; e a promulgação de leis segundo o artigo 70.⁹

Kelsen, em seu texto de contraposição, trata de contestar todos os argumentos oferecidos por Schmitt.¹⁰ Inicialmente, ele ataca a teoria de um poder neutro e moderador, acusando-a de ser uma mascarada teoria política com o intuito de impedir a eficácia da Constituição.¹¹ Kelsen acaba

-
8. CNN. *What Texas is (and is not) doing to defy a Supreme Court setback*. Atlanta, 27 jan. 2024. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2024/01/27/politics/texas-border-supreme-court-what-matters/index.html>. Acesso em 31 jan. 2024.
9. SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p. 220–221.
10. Carlos Miguel Herrera visualiza três níveis na argumentação de Kelsen contra Schmitt: “Las consideraciones de Kelsen se desarrollan en tres niveles de análisis diferentes. Por un lado, el jurista vienes acomete la defensa de sus teorías a favor del control jurisdiccional de la Constitución, tal como lo argumentaba en sus escritos precedentes sobre la materia. En otro plano, Kelsen se empeñará en demostrar el carácter «tradicional» y nada novedoso de la argumentación schmittiana a la luz de la Teoría pura, sobre todo en relación a dos puntos: la teoría de la interpretación judicial como *Rechtsautomat* y función apolítica, y la noción del presidente del Reich como «poder neutro». Finalmente –y como en casi todas sus polémicas–, Kelsen busca probar la naturaleza «ideológica», no científica, de los conceptos de su oponente, que genera como consecuencia un carácter ficcional de sus proposiciones, y lo hace caer en una doble confusión entre «teoría jurídica» y «política del Derecho» (aspectos que Kelsen había distinguido en su escrito sobre la justicia constitucional), y, en un sentido más amplio, entre ciencia y política. Para Kelsen, Schmitt confunde un problema de política del Derecho con uno de Teoría general del Derecho, que en la argumentación schmittiana, no es «científica», sino meramente ideológica.” (MIGUEL HERRERA, Carlos. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, v. 86, p. 195–227, out./dez. 1994. p. 215 e ss).
11. Nesse sentido: “quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *principio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *Guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, uma das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda do poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade de queria era [...] impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só. Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo *político* de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do Chefe de Estado” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martin Fontes, 2003. p. 240–241).

se mostrando até mesmo irritado com os argumentos apresentados por Schmitt, questionando, inclusive, a possibilidade de que o titular desse poder – detentor de parcela majoritária ou total do poder do Estado – seja neutro em relação ao seu exercício. Dirá Kelsen, assim, que isso se trata de uma “ficção de notável audácia”.¹²

Com efeito, Kelsen afirma que a luta de Schmitt contra a jurisdição constitucional parte do equivocado pressuposto de que entre a função jurisdicional e a função política existiria uma contradição “e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional”.¹³ O erro residiria na qualificação da natureza dessas decisões, portanto: para Kelsen, elas são jurídicas e não políticas. Desse modo, a guarda da Constituição “deveria ser exercida pelo Tribunal Constitucional, sob um viés eminentemente jurídico e não propriamente político”.¹⁴

Disso pode se concluir que, “enquanto Kelsen considera o Direito como o principal instrumento de organização e controle da força, Schmitt o concebe como o produto da capacidade de decisão de quem detém o poder político”.¹⁵ Seguindo analogia de Norberto Bobbio,¹⁶ Córdova Vianello¹⁷ vê a concepção kelseniana como a “primazia do Direito”, ao passo que classifica o modelo schmittiano como a “primazia do Poder”.¹⁸

12. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martin Fontes, 2003. p. 241.

13. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martin Fontes, 2003, p. 250.

14. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 260.

15. No original, “Mientras Kelsen considera al derecho como el principal instrumento de organización y de control de la fuerza, Schmitt lo concibe como el producto de la capacidad de decisión de quien detenta el poder político” (CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. La contraposición entre Derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade em Kelsen y Schmitt. *Cuestiones Constitucionales*, v. 15. p. 47–68, jul./dez. 2006. p. 50).

16. A analogia é utilizada por Norberto Bobbio, ao longo de diversos ensaios constantes em sua obra acerca da teoria de Hans Kelsen. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: UNESP. 2008. *passim*.

17. CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. *Derecho y Poder: Kelsen y Schmitt Frente a Frente*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 29–119.

18. Ressalte-se aqui, porém, que, mesmo considerado a o caráter antidemocrático do decisionismo schmittiano, classificar o debate Kelsen-Schmitt – como bem aponta Carlos Miguel Herrera – como um mero enfrentamento entre um liberal-democrata e um nazista é um arriscado reducionismo. O caráter reacionário-conservador das teorias de Schmitt, por mais incompatíveis que sejam se colocadas em perspectiva com os ideais almejados por quem compartilha uma concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito, não podem reduzi-lo a um simples ideólogo do nazismo de modo a ignorar-se seu debate com Hans Kelsen, e, conseqüentemente, mais do que isso, a atualidade desse enfrentamento teórico cuja compreensão é vital até mesmo para a construção de uma teoria capaz

Sob a perspectiva histórica, é interessante observar que Carl Schmitt era contrário ao regime nazista quando debateu com Kelsen. Só veio a integrar o partido em 1933, depois de receber um convite de Martin Heidegger.¹⁹ Após isso, Schmitt avançou em sua ideia do presidente do Reich como guardião da Constituição, quando, em 1934, escreveu texto com conteúdo consideravelmente parcial sobre as funções do *Führer* no Direito, algo que, suspeita-se, ocorreu por já estar sendo monitorado por autoridades do regime.²⁰

O modelo schmittiano foi vencedor na Alemanha, que durou de 1933, com a ascensão de Adolf Hitler ao poder, até 1945, com a derrota advinda da segunda guerra. Os absurdos jurídicos produzidos pelo regime envolveram – entre outras coisas – a criação do *Volksgeschichtshof*, que condenou à pena capital mais de 5 mil pessoas sem que sequer tivessem o direito de recorrer, além do fortalecimento da posição procedimental do acusador com o proporcional enfraquecimento dos direitos dos advogados.²¹

3.2.2. O papel assumido pelo Tribunal Constitucional Federal por intermédio dos Direitos Fundamentais

Com o fracasso do modelo schmittiano, os “avós fundadores”²² da Constituição alemã de 1949 atribuíram a um Tribunal Constitucional

de contribuir com a democracia. Cfr. MIGUEL HERRERA, Carlos. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, v. 86, p. 195–227, out./dez. 1994.

19. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt y la fundamentación del derecho*. México: Fontamara, 2013. p. 24–25.
20. Nesse sentido, “el texto *El Führer protege el derecho (Der Führer Schutz das Recht)*, de 1934, fue publicado después de las expulsiones practicadas por Hitler al interior del Estado y del propio partido nazi. En él, Schmitt defiende la legalidad de los actos practicados por Hitler. Ya advertido por la amenaza de Göring a los juristas no cooperadores, Schmitt afirma que, en realidad, lo hecho por el *Führer* estaba dentro de jurisdicción legítima” (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt y la fundamentación del derecho*. México: Fontamara, 2013. p. 27).
21. STOLLEIS, M. *The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. *passim*.
22. A expressão denota-se pelas perdas que a guerra criou na população alemã: “Adenauer é um exemplo muito apropriado do tipo de pessoas que acabou por liderar a refundação nacional. Praticamente toda a população em idade militar engajou-se no esforço de guerra. Nos últimos anos 1944-1945, com o fantasma da derrota pairando sobre o regime nacional-socialista, adolescentes foram convocados em massa para a defesa da pátria-mãe na fase do conflito que passou à História como *totaler Krieg* (guerra total), conforme a denominou o ministro da Propaganda Joseph Goebbels em um célebre discurso de 18 de fevereiro de 1943. Finda a guerra, a governança da Alemanha coube à geração dos avós. Os pais estavam mortos, presos ou implicados. Os netos ainda eram muito jovens. Pode-se dizer que a democracia constitucional alemã, em 1949, não teve ‘pais fundadores’, mas ‘avós fundadores’. Esses homens e mulheres, a maioria deles nascidos no último quartel do século XIX, participaram

Federal, nos moldes pensados por Hans Kelsen, a guarda da Constituição. Houve um cuidado especial, contudo, para que o Tribunal não se tornasse, nas palavras de Otavio Luiz Rodrigues Jr., um “leão sem dentes”. As medidas de contenção envolveram a composição do Tribunal, que era feita tanto pelo Parlamento Federal quanto pelos Estados-membros da federação alemã, além de os magistrados não serem vitalícios.²³

O Tribunal foi inaugurado em 28 de setembro de 1951, com uma série de desafios e complicações que seriam experimentados naquela década. Com efeito, tais conflitos foram travados “com o Parlamento e o Poder Executivo, especialmente com o primeiro chanceler Konrad Adenauer, que o considerava invasivo das competências dos poderes eleitos”.²⁴ Foram anos de tensão com o chanceler, que se apaziguaram a partir de 1959, quando Adenauer começou a enfrentar um processo de envolvimento com algumas crises políticas – começando com a crise presidencial que se deu com Ludwig Erhard –, algo que viria a tomar a maior parte da sua atenção nos anos seguintes.²⁵

O lugar ao sol, conquistado pelo Tribunal Constitucional Federal, deu-se sobretudo por intermédio de sua atuação na consolidação dos direitos fundamentais. Isso porque a Constituição de 1949, criada sob o olhar das forças aliadas de ocupação, estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais, com caráter vinculante (art. 1º ao 20). A construção do TCF e de sua legitimidade devem-se a um conjunto de julgamentos,

da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e experimentaram a grande desilusão que sobreveio com o fim das quimeras imperialistas da elite militar do *Reich*, aliada a um ciclotímico e despreparado soberano, o *Kaiser* Guilherme II, o homem errado na hora errada. Proclamada a República de Weimar, essas pessoas assistiram ao fracasso da instável democracia de feição social inaugurada em 1919 e que terminou por sucumbir a um cabo da Boêmia,⁸³⁰ de nome Adolf Hitler, que se fez líder do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães e ganhou as eleições, o que lhe permitiu ser indicado para o cargo de chanceler do *Reich* alemão.⁸³¹ Majoritariamente formado por grupos políticos católicos e protestantes, organizados agora sob a bandeira da União Democrata-Cristã, além de um expressivo número de socialistas moderados, oriundos do respeitado e tradicional Partido Social-Democrata da Alemanha, essas pessoas reuniram-se em 1948 para elaborar a Lei Fundamental alemã, no Palácio de Herrenchiemsee, em uma ilha, onde Luís II, o rei louco da Baviera, iniciou a construção do Novo Palácio de Herrenchiemsee, nunca concluído” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 256–257).

23. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 259–262.
24. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 262.
25. COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of German Federal Constitutional Court 1951–2001*. United Kingdom: Oxford University Press, 2015. p. 67–68; GRANIERI, Ronald. J. *The ambivalent alliance: Konrad Adenauer, the CDU/CSU, and the West, 1949–1966*. Oxford: Berghahn Books, 2005. p. 118–142.

e um dos eixos centrais desse processo está na solução do problema relativo a (i) quem está vinculado a esses direitos fundamentais e (ii) em que medida se dá essa vinculação.

Com efeito, *Lüth* foi um dos julgamentos em que o Tribunal Constitucional estabeleceu a eficácia dos direitos fundamentais aos privados. O caso das farmácias fez o mesmo, com relação ao Poder Legislativo. Ambas as decisões, de 1958, são de tamanho impacto que Justin Collings divide a história do Tribunal em duas fases iniciais: a fase de “consolidação” (1951–1959) e a fase de “confiança” (1959–1971): “Juntos, os julgamentos de *Lüth* e das farmácias revolucionaram a jurisprudência do Tribunal em matéria de direitos fundamentais e a sua autocompreensão”.²⁶ O impacto dessas duas decisões muda não apenas a história do TCF na Alemanha, mas altera a própria história do Direito. Décadas depois, ainda é possível de se verificar a influência de *Lüth* e do caso das farmácias até mesmo em outros países. Como se observará nas seções seguintes, esses casos são referenciados e citados até os dias de hoje no Brasil, nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Todas essas decisões geraram manifestações tanto favoráveis quanto contrárias ao Tribunal,²⁷ algo que, por si só, demonstra que esse foi o caminho pelo qual o TCF se colocou sob o sol como um dos poderes da Alemanha. Com elas, reconheceu-se efetivamente o TCF como um poder instituído. Os anos de 1950 foram marcados, portanto, pela consolidação do TCF como guardião da Constituição, com atuações cada vez mais intensas no campo dos direitos fundamentais.

26. No original, “Together, the Lüth and Pharmacy judgments wrought a revolution in the Court’s fundamental rights jurisprudence and in its self-understanding” (COLLINGS, Justin. *Democracy’s Guardians: A History of German Federal Constitutional Court 1951–2001*. United Kingdom: Oxford University Press, 2015. p. 61).

27. As manifestações favoráveis serão observadas durante a exposição dos casos Lüth e o caso das farmácias. No caso das manifestações negativas, vale mencionar talvez dois dos maiores críticos do TCF: RÜTHERS, Bernd. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat: Verfassung und Methoden*. Ein Essay. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014; SCHLINK, Bernhard. The Journey into activism. *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 269–271, 1995. No caso específico da ordem objetiva de valores, há o clássico texto de Carl Schmitt: SCHMITT, Carl. Die Tyrannei der Werte. In. BUVE, Sergius (Org.). *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz: Kohlhammer, 1967.

3.3. O CASO *LÜTH* E A PONDERAÇÃO

3.3.1. Veit Harlan e Eric Lüth: uma história que mudou a compreensão do papel dos direitos fundamentais na Alemanha

Adjetivos e frases de impacto sobre esse julgamento²⁸ são dos mais diversos: de “fundamental”²⁹ à “famosa”³⁰, a decisão é caracterizada por uma atenção da comunidade jurídica que não pode ser ignorada. Consideram-na “mais do que uma decisão. *Lüth* representa a construção de uma dogmática constitucional”³¹; afirma-se, ainda, que é uma decisão que auxiliou a quebrar uma “letargia no campo dos direitos fundamentais”³² e, entre todos os casos julgados pelo TCF, *Lüth* é qualificado como o “mais importante da história do Tribunal Constitucional Federal alemão”³³. Não é por outro motivo que o julgamento é citado por outros Tribunais ao redor do mundo, incluindo o Supremo Tribunal Federal brasileiro.³⁴ Há, ainda, a tese de que *Lüth* é uma peça importante da batalha social entre os Reconstitutivistas e os Restauracionistas.³⁵

28. BVerfGE 7, 198 [1958].

29. SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 21, p. 271–289, out./dez. 2019.

30. RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao Direito ou rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Trad. de Thiago Reis. *Revista DireitoGV*, v. 14, n. 1, p. 240–267, 2018. p. 256.

31. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 78.

32. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 272.

33. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 02.

34. Cf. Otavio Luiz Rodrigues Jr., “A se comprovar esse impacto no Brasil, note-se que o STF cita o *Lüth-Urteil* em quatro acórdãos: i) STF. ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10-6-2015, DJe-018 1º-2-2016 – caso das biografias; ii) STF. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30-4-2009, DJe-208, 6-11-2009, RTJ 213-1/20 – caso da Lei de Imprensa; iii) STF. HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17-9-2003, DJ 19-03-2004, p. 17 – caso *Ellwanger*; iv) STF. RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11-10-2005, DJ 27-10-2006, p. 64, RTJ 209-2/821- caso da União Brasileira de Compositores-UBC” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 266).

35. QUINT, Peter. A return to Lüth. *Roger Williams University Law Review*, v. 16, p. 73–85, 2011. p. 76–81. Em língua portuguesa, quem primeiro tratou dessa polêmica foi Otavio Luiz Rodrigues Jr. (*Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 286): “Os restauracionistas eram nacionalistas, admitiam alguns méritos do regime nazista e reconheciam o passado como parte indissociável da nação. Os reconstrucionistas formavam um grupo de antagonistas ao regime e havia certa identidade de propósitos entre eles e as forças de ocupação francobritânico-americanas. Para eles, houve participação de amplos setores da sociedade alemã durante o nazismo e era necessária uma reconstrução de valores, ainda

Lüth, para além das frases e afirmações de impacto, é um caso chave para a compreensão de dois fenômenos dogmáticos do Direito Contemporâneo: o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁶ e, claro, a questão da ponderação. Para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se dizer que “para a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre eficácia horizontal existe um antes e um depois: um ‘antes de *Lüth*’ e um ‘depois de *Lüth*’”.³⁷ Esta pesquisa, à evidência, tenderá a garantir mais atenção àquilo que interessa para a boa compreensão da ponderação.

Embora seja famoso, *Lüth* não tem um contorno fático complexo. Brevemente reconstruído,³⁸ tudo começa com Veit Harlan (1899–1964). Harlan foi um influente cineasta durante o regime nazista e, atuando sob as ordens de Joseph Goebbels, criou, entre outras obras de propaganda do regime nacional-socialista, o filme chamado de *Jud Süß* (1940), que alcançou 22 milhões de espectadores e foi o maior sucesso sob a perspectiva comercial do regime. Não menos importante de se dizer, alguns autores entendem que esse filme antisemita foi pensado pelos oficiais

que isso levasse a uma ‘americanização’ da Alemanha para se alcançar objetivos democráticos. As decisões do TCF nos anos 1950 mostram-se pendulares em relação a essas duas visões de mundo da sociedade alemã. Não se pode esquecer o papel de vários professores universitários em ordem a defender valores restauracionistas e que permaneceram sem qualquer responsabilização no pós-guerra. Muitos deles até mesmo foram prestigiados, como Theodor Maunz”.

36. No Brasil, a maior referência sobre essa abordagem é de Otavio Luiz Rodrigues Jr. Em seu trabalho de livre docência: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. Sobre a existência de outras decisões, anteriores ao caso *Lüth*, que já tratavam da questão do *Drittwirkung* – ainda que não de maneira expressa e sem nem sequer chegar perto do impacto de *Lüth* –, ver POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 234 e seguintes.
37. No original: „Für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung gibt es ein Davor und Danach: ein ‚vor Lüt‘ und ein ‚nach Lüt‘“ (POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 234).
38. A reconstrução aqui feita sob a perspectiva da descrição dos fatos, quando não indicada especificamente em notas, buscou informações nas seguintes obras: SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014; QUINT, Peter. A return to *Lüth*. *Roger Williams University Law Review*, v. 16, p. 73–85, 2011; QUINT, Peter. Free speech and Private Law in German Constitutional Theory. *Maryland Law Review*, v. 48, p. 247–349, 1989; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023; LAURENTIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017; POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003 e COLLINGS, Justin. *Democracy’s Guardians: A History of German Federal Constitutional Court 1951–2001*. United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

nazistas como a porta de entrada para o Holocausto. Após a guerra, considerou-se que o filme *Jud Süß* era um crime contra a humanidade, mas Harlan foi absolvido com o argumento de que apenas seguia ordens dos seus superiores – no caso, ordens de Joseph Goebbels – tendo sido, inclusive, liberado dos processos de desnazificação.³⁹

Com base nisso, Harlan seguiu sua vida profissional normalmente. Ou pelos menos tentou. Em 1950, dirigiu e buscava lançar o filme chamado de “Amada Imortal” quando Eric Lüth⁴⁰ (1902–1989) – que era crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo – conclamou um boicote ao filme, uma vez que não conseguia aceitar passivamente a ideia de que um cineasta nazista seguia sua carreira profissional como se nada tivesse acontecido.⁴¹ Por meio de uma série de declarações públicas, Lüth pediu a todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como ao público em geral, que não assistissem ao filme de Harlan.⁴²

39. QUINT, Peter. A return to Lüth. *Roger Williams University Law Review*, v. 16, p. 73–85, 2011. p. 75.

40. Importante destacar que Eric Lüth tinha uma vida política bastante ativa no que tange ao combate ao antissemitismo: “Erich Lüth, o homem que se tornou mundialmente célebre por dar nome ao caso mais importante do BVerfG, combateu na Segunda Guerra Mundial no *Afrika Korps*, na campanha norte-africana, e depois na Itália, onde terminou preso. Ao retornar à Alemanha, estabeleceu-se em Hamburgo, a meca da mídia alemã, assumiu a Imprensa Oficial da Hamburgo e ligou-se ao SPD, tendo sido senador (equivalente a membro do poder legislativo local) da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo. Lüth, desde 1951, liderou campanhas de reaproximação com o Estado de Israel e o povo judeu” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 271).

41. É relevante, nesse sentido, o que aconteceu com a cineasta Leni Riefenstahl: “Perceba-se que Leni Riefenstahl (1902-2003), a cineasta predileta de Hitler, amargou quatro anos de prisão, após a guerra, em um campo de prisioneiros francês. Por falta de provas, ela não foi condenada como nazista, mas como simples simpatizante, tendo alcançado sua liberdade. Leni Riefenstahl foi boicotada e não mais conseguiu produzir filmes, o que a levou a trabalhar como fotógrafa. Esse ponto da biografia de ambos [no caso, com Veit Harlan] é relevante: ela também sofreu boicote a sua atividade profissional, mas não levou a matéria aos tribunais” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 270).

42. Em uma carta aberta enviada a imprensa, em resposta às produtoras do filme, Lüth disse: “o Tribunal do júri não negou o fato de que Veit Harlan foi, por um grande período, o ‘diretor nº 1 da cinematografia nazista’ e que seu filme ‘Jud Süß’ foi um dos expoentes mais importantes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus. Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote” (SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio de Jan Wojschnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 384).

Lüth não foi o único a protestar contra o filme. Embora não fosse o único, as distribuidoras do filme processaram-no – Herzog-Film GmbH (distribuidora do filme) e Domnick-Film-Produktion GmbH (empresa do produtor) – requerendo a abstenção de Lüth em seus atos de boicote contra a produção. O dispositivo invocado foi o §826,⁴³ do BGB, que tutela as pretensões daqueles que eventualmente sofrem danos por atos lesivos contra a cláusula geral dos bons costumes.

Com efeito, o entendimento inicial, do Tribunal Estadual de Hamburgo, foi o de que a ação das distribuidoras era procedente, *i.e.*, que as condutas de Lüth feriam o §826, do BGB. Lüth, então, interpôs recurso para o Tribunal Superior de Hamburgo e, simultaneamente, interpôs a respectiva Reclamação Constitucional para o TCF, alegando desrespeito ao seu direito fundamental de liberdade de expressão de pensamento, constante no art. 5º, I, 1, da Constituição alemã.

Panoramicamente relacionados, esses são os fatos e o contexto jurídico do caso e como a situação chegou ao Tribunal Constitucional Federal.

3.3.2. A decisão do Tribunal Constitucional Federal

Adiantando o resultado para em seguida explicar os fundamentos, o Tribunal Constitucional Federal deu provimento à Reclamação Constitucional pelo fato de que a decisão que constrangia Lüth de conclamar o boicote violava a sua liberdade de expressão de pensamento, direito fundamental previsto, como observado, no art. 5º, I, 1, GG.⁴⁴ Conforme demonstrado, a narrativa dos fatos não é complexa; tampouco é de maiores detalhes a discussão jurídica. Logo, cabe perguntar-se: o que faz de *Lüth* um caso de tamanho impacto?

43. Aproveita-se a tradução de Otavio Luiz Rodrigues Jr.: "*Lesão dolosa contra os bons costumes*. Quem, de forma contrária aos bons costumes, causar dolosamente danos a outrem, fica obrigado a indenizá-los" (§ 826, BGB). No original: „Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet" (§ 826, BGB)" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 271).

44. Dispositivo do julgamento teve o seguinte teor: "A decisão (*Urteil*) do Tribunal Estadual de Hamburgo, datada de 22 de novembro de 1951 (...) viola o direito fundamental do reclamante decorrente do art. 5, I, GG, sendo, por isso, revogada. A matéria será devolvida ao Tribunal Estadual de Hamburgo [para nova decisão]" (SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 382–383).

Entre outras coisas, é importante ter ciência de que *Lüth* representa um projeto de renascimento do próprio Direito. A partir de *Lüth*, toda a ordem jurídica passa ser interpretada e observada sob a luz dos direitos fundamentais, razão pela qual a própria Dogmática dos direitos fundamentais altera o seu foco: deixa de ser exclusivamente a barreira aos avanços do poder estatal e passa, por outro lado, a ser a própria justificação para que o poder estatal modifique o seu escopo e passe a agir para a concretização de valores contidos na Constituição – no caso, os valores advindos de uma ordem objetiva.⁴⁵⁻⁴⁶

O TCF inicia sua fundamentação reconhecendo que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Entretanto, a fundamentação prossegue consignando que não se pode sonegar o fato de que a Constituição alemã não é um ordenamento neutro sob a perspectiva axiológica; pelo contrário, a Constituição concretiza uma *ordem objetiva de valores*, sendo certo que o Direito Civil também deveria subjugar-se a tal ordem. E o canal de entrada desses valores no Direito Civil – a “porta de entrada” – seriam as cláusulas gerais.⁴⁷

É interessante de se observar, aqui, como o Tribunal procede: há um olhar que se dirige primeiramente ao Direito Civil. Verifica-se toda a construção advinda do Código Civil alemão, assim como se analisa que o próprio BGB fornece a porta de entrada para os valores constitucionais. Com essa construção, o Tribunal introduz a ponderação na solução dos casos de Direito Civil. Isso porque o Tribunal Constitucional Federal verifica a possibilidade de colisão desses valores entre si.

Em determinada passagem da fundamentação de *Lüth*, isso é colocado de maneira expressa:

“A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, então a intervenção não deixará de ser permitida,

45. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 82–83.

46. Para uma análise desses fundamentos sob a perspectiva da teoria de Jellinek, ver RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 273–275.

47. SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldtes Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 384.

porque ela se efetivou por meio de uma expressão de opinião. *Faz-se necessário proceder a uma 'ponderação de bens jurídicos'*: O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso” (grifou-se).⁴⁸

Nesse sentido, a ponderação do Tribunal pode ser vista em uma perspectiva tal qual aquela de Philipp Heck, indicada no capítulo anterior: a ponderação aparece tão somente depois de verificada a inexistência concreta de uma solução na lei positivada. Ou seja, a ponderação aparece na lacuna, entendida, nesse caso, como uma ausência de uma resposta que se atingiria por mera subsunção em face da colisão.⁴⁹

Outro aspecto muito importante de ser observado é que a liberdade de expressão é observada a partir de suas consequências. O TCF afirma que a ponderação levaria em conta o peso do direito fundamental “sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realiza em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública”. Em outras palavras, a liberdade de expressão não é analisada como um valor em si (=os jurisdicionados têm um direito de liberdade de expressão, valioso por si mesmo), mas através da importância das consequências (=os jurisdicionados têm um direito de liberdade de expressão porque isso importa para a formação da opinião pública). Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal afirma que “justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio”.⁵⁰

Observada essa síntese de *Lüth* – do seu contexto, dos fatos narrados na ação, dos fundamentos e da decisão – tem-se uma série

48. SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 392.

49. HECK, Philipp. *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 1140–1142, 1905; HECK, Phillip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. de José Osório. São Paulo: Livraria acadêmica Saraiva, 1947. *passim*.

50. SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 392–392.

de consequências. *Lüth* deixou um legado, portanto. A partir do seu julgamento, o Tribunal Constitucional Federal passou a ser visto “como um árbitro dos valores constitucionais e um aplicador agressivo dos direitos fundamentais”.⁵¹

Com efeito, no que toca ao objeto de investigação deste trabalho, o principal legado é a introdução do uso expresso da ponderação e a reconfiguração da proporcionalidade, consequência lógica da reconfiguração do papel dos Direitos Fundamentais. Conforme observado no primeiro capítulo deste livro, a proporcionalidade tinha uma vocação de contenção e avaliação dos atos de poder estatal. Operada em *Lüth*, a mudança nos direitos fundamentais – que igualmente serviam de elemento de contenção – também ocorre na proporcionalidade: “proporcionalidade não quer mais dizer contenção, mas sim equilíbrio e harmonização”.⁵² Nessa linha, é possível encontrar textos de Dogmática Jurídica fazendo afirmações ainda mais ousadas, no sentido de que, no seu limite, *Lüth* concretizaria um projeto político do Tribunal Constitucional Federal da criação de um novo Estado⁵³ – sendo certo que esse projeto político necessariamente deslocaria uma fatia maior de Poder ao próprio TCF.⁵⁴

51. No original: “[...] an arbiter of constitutional value and an aggressive enforcer of Fundamental rights” (COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of German Federal Constitutional Court 1951–2001*. United Kingdom: Oxford University Press, 2015. p. 60).

52. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 82.

53. Nesse sentido, “*Lüth*, seus antecedentes, pressupostos e efeitos são provas concretas dessa reconfiguração radical da dogmática constitucional e de suas consequências na relação entre os Poderes. A ponderação realizada nesse caso indica com clareza o conjunto de influências e pressões, mas também os objetivos do Tribunal Constitucional naquele período de refundação da ordem jurídica e formação de um novo Estado” (LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 83).

54. A ciência política de caráter mais descritivo enxerga nessas movimentações institucionais um perigo de fomento à tirania e uma ampliação do Poder (o aumento de Poder do Tribunal, de fato, aconteceu com o TCF nos anos subsequentes): “Ambiciosa, cada autoridade particular tende a crescer, egoísta, a consultar apenas seu interesse imediato, ciosa de abocanhar a porção das outras autoridades. Há, portanto, uma luta incessante de poderes, e é o que dá ao Estado sua chance principal. O crescimento de sua autoridade é visto pelos indivíduos bem menos do que como um empreendimento contínuo contra sua liberdade, e sim como um esforço destruidor das dominações às quais estão subjugados. O progresso estatal parece propiciar o progresso individualista” (JOUVENEL, Bertrand de. *O poder: história natural de seu crescimento*. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 1998. p. 170).

3.4. O CASO DAS FARMÁCIAS E A PONDERAÇÃO

3.4.1. O litígio envolvendo o número de farmácias na cidade de Traunreut

O segundo julgamento de grande importância para a ponderação é o caso das farmácias, de junho de 1958.⁵⁵

O caso é especialmente paradigmático pelo fato de que é o responsável pela consolidação da ponderação dentro da proporcionalidade. Aqui ocorre o acoplamento das duas figuras que vêm sendo explicadas desde o início deste livro. Além disso, o caso das farmácias também é de relevante importância para a consolidação do Tribunal em face dos outros poderes da Alemanha, tendo em vista que essa decisão é responsável por demarcar a proporcionalidade como um meio de controle da atividade legiferante. Ao contrário do julgamento *Lüth*, o caso das farmácias não possui um problema envolvendo a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se de embate clássico de Direito Público no qual, de um lado, tem-se uma restrição imposta pelo Estado e, de outra, um indivíduo com uma liberdade – na espécie, a liberdade profissional – sendo limitada. Ocorre que, no julgamento das farmácias, tem-se uma evolução importante na proporcionalidade que justifica a sua abordagem. Isso porque, como observado na descrição de *Lüth*, antes do caso das farmácias, a proporcionalidade apresentava-se de maneira bastante rudimentar ainda – ao ponto de posições mais contundentes sustentarem a inexistência de uma ponderação de verdade, mas apenas uma utilização retórica do termo.⁵⁶ No caso das farmácias, apenas alguns meses após *Lüth*, a proporcionalidade evolui de maneira significativa, vale dizer, ocorre a “consolidação de um modelo”.⁵⁷

Em síntese, o julgamento trata da situação em que *Karl-Heinz* – que era farmacêutico desde 1940 e, após retornar da guerra, requereu, em 1956, ao Governo uma autorização para a abertura de uma farmácia na cidade de *Traunreut*, uma vez que a Lei do Setor Farmacêutico da Baviera determinava esse procedimento. Segundo essa lei, existia a necessidade de uma autorização estatal para todo aquele que quisesse abrir uma farmácia, ou adquirisse uma já existente. O pedido de *Karl-Heinz* foi indeferido com base no art. 3º, I, “a” e “b” da referida lei, que condicionava a abertura

55. BVerfGE 7, 377 [1958].

56. SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. p. 17 e seguintes.

57. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 85.