

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	33
I. O problema.....	33
II. Delimitação do tema	34
III. Plano de trabalho.....	36
IV. Justificativa	38
V. Originalidade	39
VI. Tese	40
 METODOLOGIA DA PESQUISA	43
I. Acordos semânticos sobre conceitos apresentados nesta pesquisa	45
I.a. Metodologia, metódica e método	45
I.b. Dogmática e Civilística.....	47
I.c. Proporcionalidade e ponderação: máxima, teste, regra, princípio ou metódica?.....	51
II. Questões procedimentais	54
II.a. Método	54
II.b. Questões formais.....	56
 I. A FORMAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO SÉCULO XIX.....	57
1.1. Introdução e objetivos do capítulo.....	57
1.2. Prússia e o Estado de Polícia: o inesperado berço da proporcionalidade	58

1.3.	A proporcionalidade e o Código para os estados prussianos (ALR).....	62
1.3.1.	A ambivalência da elaboração do ALR (1783–1794): uma legislação que refletiu a transição de uma época	62
1.3.2.	A previsão normativa do Código para os estados prussianos que originou a proporcionalidade.....	69
1.3.3.	A visão da Dogmática sobre a proporcionalidade.....	71
1.3.4.	A proporcionalidade realmente nasceu no ALR?	72
1.4.	A proporcionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (1876–1914).....	73
1.4.1.	Por que a necessidade de um Supremo Tribunal Administrativo?.....	73
1.4.2.	O Supremo Tribunal Administrativo na Alemanha: a Prússia e o II Reich	75
1.4.3.	O caso de Kreuzberg: o estabelecimento de legitimidade de fins.....	78
1.4.4.	A proporcionalidade e o caso da proibição de vendas de conhaque: necessidade e adequação.....	79
1.4.5.	A proporcionalidade e o caso da ausência de iluminação dos postes: necessidade e adequação II	80
1.4.6.	O legado do Supremo Tribunal Administrativo: lançamento das bases para a formação da proporcionalidade.....	82
1.5.	Conclusões parciais	83
II.	A PONDERAÇÃO E SEU “NASCIMENTO” PARA O DIREITO PRIVADO	87
2.1.	Introdução e objetivos do capítulo.....	87
2.2.	O conceito não jurídico de ponderação	88
2.2.1.	As palavras e as coisas: análise etimológica da ponderação em português e no alemão	88
2.2.2.	A ponderação na Ética cristã e no Direito Canônico	90
2.2.3.	A ponderação como palavra do senso-comum.....	96
2.2.4.	Apropriando-se de uma crítica de Rückert: a transformação do não jurídico em jurídico.....	98

2.3. Os conceitos de ponderação: o Direito Privado alemão entra em cena	100
2.3.1. Phillip Heck e Ernst Stampe: o início das ponderações	100
2.3.2. Josef Esser: o homem dos princípios e a ponderação	105
2.3.3. A ponderação em Karl Larenz: originalidade de um conceito ou uma ideia a serviço do regime?	106
2.4. O conceito de ponderação que frutificou: a Jurisprudência dos Interesses.....	108
2.4.1. Jurisprudência dos Interesses: uma breve contextualização	109
2.4.2. Heck e a “ponderação subsidiária” da Jurisprudência dos interesses	110
2.4.3. O conceito e seus frutos	112
2.4.4. Qual o legado da ponderação concebida no Direito Privado?	117
2.5. Conclusões parciais	118

III. O ACOPLAMENTO ENTRE PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO..... 121

3.1. Introdução e objetivos do capítulo.....	121
3.2. O TCF nos anos 1950: um tribunal em busca de um lugar ao sol.....	122
3.2.1. Kelsen, Schmitt e a busca pelo guardião da Constituição	122
3.2.2. O papel assumido pelo Tribunal Constitucional Federal por intermédio dos Direitos Fundamentais	126
3.3. O caso <i>Lüth</i> e a ponderação	129
3.3.1. Veit Harlan e Eric Lüth: uma história que mudou a compreensão do papel dos direitos fundamentais na Alemanha.....	129
3.3.2. A decisão do Tribunal Constitucional Federal.....	132
3.4. O caso das farmácias e a ponderação.....	136
3.4.1. O litígio envolvendo o número de farmácias na cidade de Traunreut	136

3.4.2.	A decisão do Tribunal Constitucional Federal.....	138
3.5.	O dia depois do caso Lüth e do caso das farmácias: a ponderação no Tribunal Constitucional Federal e na Dogmática	143
3.6.	Síntese de um acoplamento: a ponderação integrou-se à proporcionalidade?.....	146
3.6.1.	O encontro do Levita com o Bom Samaritano: em que medida a ponderação alterou o modo de julgar casos de Direito Privado no Tribunal Constitucional Federal?.....	146
3.6.2.	A ponderação resistiu no Tribunal Constitucional Federal no século XXI?.....	153
3.7.	Conclusões parciais	155
IV.	A DIFUSÃO DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO. A CRIAÇÃO DE UM CONCEITO GLOBAL.....	159
4.1.	Introdução e objetivos do capítulo.....	159
4.2.	O processo de difusão da proporcionalidade e da ponderação além-fronteiras.....	160
4.3.	A expansão da proporcionalidade e da ponderação no espaço europeu	164
4.3.1.	Corte Europeia de Justiça.....	164
4.3.2.	Corte Europeia de Direitos Humanos.....	167
4.4.	<i>Excursus</i> : A proporcionalidade e a ponderação recepcionadas na América do Sul e a influência do pensamento de Robert Alexy	170
4.4.1.	Aspectos gerais	171
4.4.2.	Regras e princípios.....	173
4.4.3.	O caráter das normas de direitos fundamentais	178
4.4.4.	A ponderação.....	181
4.5.	Conclusões parciais	186
V.	DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO. A RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	189
5.1.	Introdução e objetivos do capítulo.....	189

5.2.	A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	190
5.2.1.	A proporcionalidade no sentido prussiano	190
5.2.2.	O triunfo da tese de Robert Alexy no Supremo Tribunal Federal	192
5.3.	O sucesso da proporcionalidade na Dogmática brasileira.....	194
5.4.	Proporcionalidade no Direito Civil?	195
5.5.	Ponderação e sua entrada da Dogmática do Direito Civil brasileiro: um produto de sua “constitucionalização”?	197
5.5.1.	Plano da seção	197
5.5.2.	Principais teses sobre a ponderação no Direito Civil brasileiro: uma consequência das teorias sobre a constitucionalização do Direito Civil?	197
5.5.3.	Colocação do problema.....	199
5.5.4.	Ponderação como superação da subsunção positivista	200
5.5.5.	Ponderação como técnica de interpretação autônoma....	204
5.5.6.	Ponderação como necessidade das pretensões de constitucionalização do Direito Civil?	206
5.6.	A proporcionalidade e a ponderação no Direito Civil e a proposta da obra coletiva de Franz Bauer e Ben Köhler: o começo de um erro?	208
5.7.	<i>Excursus</i> : a ponderação legislada no Código de Processo Civil de 2015.....	214
5.7.1.	A regra do parágrafo segundo do art. 489, CPC.....	214
5.7.2.	A visão da Processualística e a posição do STJ sobre o art. 489, § 2º	215
5.7.3.	A crítica de Lenio Streck	217
5.8.	Conclusões parciais	219
VI.	REFUTAÇÃO DAS TESES SOBRE O USO DA PONDERAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	221
6.1.	Introdução e objetivos do capítulo.....	221
6.2.	O problema da distinção qualitativa de regras e princípios e o debate entre Robert Alexy e Ralf Poscher: uma omissão que reivindica explicações.....	222

6.2.1. Contexto do debate	222
6.2.2. Apropriação ao caso brasileiro: uma incorporação sem os debates necessários	225
6.3. A subsunção está morta. Viva a subsunção!	229
6.4. Ponderação e Direito Civil: a tese de Otavio Luiz Rodrigues Jr. sobre o uso marginal da ponderação (ou <i>keep calm and carry on</i>)	237
6.5. Os riscos da perigosa aliança entre o Levita e o Bom Samaritano: ampliação da arbitrariedade no Direito Privado	243
6.6. Conclusões parciais	244
CONCLUSÃO	245
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	249