COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Metódica em Transformação

A Ponderação no Direito Civil Brasileiro

William Galle Dietrich

3ª edição

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

INTRODUÇÃO

I. O PROBLEMA

Em 08 de abril de 2022, nas notas conclusivas de uma aula de Teoria Geral das Obrigações para a graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, o Professor – e orientador da tese que resulta neste livro – Otavio Luiz Rodrigues Jr., após manifestar sua profunda preocupação com os rumos do Direito brasileiro e a sua condição de estrangulamento por fatores externos, elaborou uma frase que sintetiza um dos pontos de partida deste trabalho: "O Direito Civil está em guerra".

De fato, está em guerra contra seu processo de desconstrução. Está em guerra também com o abandono da resolução dos seus problemas por intermédio dos seus institutos próprios – técnicos e tradicionais – em detrimento de uma argumentação contingencial, despida de critérios objetivos e submetida à discussão moral do dia.

Com efeito, uma das armas que inegavelmente ocupa um papel de destaque nesta guerra é o uso da ponderação. Tem-se observado, no Direito Civil, a argumentação jurídica abandonar todas as formulações tradicionais da Dogmática, e da construção jurídica pautada na tradição dos institutos, para recorrer diretamente à solução de casos por meio de ponderações. Nesse sentido, é meramente sintomática a afirmação de Ralf Poscher, que, ao relatar a experiência que tem com o Direito brasileiro e alguns de seus alunos que também são magistrados, constata que "os juízes não perdem tempo tentando decifrar a complexidade envolvendo

os direitos sociais, mas simplesmente ponderam princípios constitucionais e passam a decidir casos baseados em suas preferências pessoais".[1]

O relato de Poscher estabelece uma visão geral do que acontece no Brasil, que evidentemente chegou ao Direito Civil. Embora a ponderação seja discutida e criticada em parcela do Direito brasileiro, parece que ainda não existe um diagnóstico preciso dos efeitos desse câmbio operativo no setor do Direito que é objeto deste livro: a análise do *status quaestionis* da ponderação no Direito Civil brasileiro. Qual a sua origem? Como é utilizada? Quais autores a utilizam e por quê? A ponderação é algo reprovável por si só ou existe uma forma adequada de empregá-la?

Essas são algumas das perguntas que dão causa a este livro.

No campo de batalha do Direito Civil, em que diariamente a tradição e a técnica sofrem com a sua desconsideração e desgaste, há algumas armas que têm causado especial desequilíbrio.

Ludwig Wittgenstein diz que aquilo que se é tentado a dizer não é a própria Filosofia, mas aquilo que ela deve tratar, sua matéria-prima. Em outros termos, as intuições, as especulações e os sentimentos não podem ser confundidos com a própria área que os estuda, que, por sua vez, deve tratar desses fatores que, não raramente, são plenos de problemas e imprecisões. Ao filósofo, desse modo, reserva-se o papel de medicar eventuais patologias que surgem dessa matéria-prima, o que o leva a afirmar que "o filósofo trata uma questão como uma doença".[2]

A ideia deste livro vai nesse sentido. Tratar do problema da ponderação com essa ordem. Primeiro, com o diagnóstico, no qual se pretende identificar quais os seus contornos, motivações do seu uso e respectivos problemas; em segundo plano, apresentar uma proposta de correção dos seus rumos.

II. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A proporcionalidade, em sua forma mais difundida, é dividida da seguinte maneira: (a) uma etapa de verificação de legitimidade de meios e fins; (b) a indagação sobre a adequação de meio voltado ao fim que

1. POSCHER, Ralf. Ressurreição de um fantasma? A última tentativa de Robert Alexy salvar seu conceito de princípio. Trad. de Rafael Giorgio Dalla-Barba. In: DALLA-BARBA, Rafael Giorgio (Org.). Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022. p. 191.
2. WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. p. 100.

METODOLOGIA DA PESQUISA

Símbolo da rebelião do homem contra Deus, a narrativa da Torre de Babel[1] ilustra a continuidade do pecado de Adão e Eva. De tomar o fruto proibido – na vã e diabólica esperança de que *seriam como deuses* – à concupiscência de *tomar o lugar de Deus* com a construção de uma torre, o pecado original é teologicamente explicado pelo ser humano resvalando continuamente em seu ego sedento, no qual busca ocupar o lugar do Criador e, portanto, enche-se da soberba de não mais servir – *non serviam* –, mas de ser servido.[2] Embora o ímpeto soberbo da criatura não se altere, a punição divina sim. E passa a ser especialmente interessante o castigo do Criador no episódio da Torre de Babel, que ocorre pela instauração da cizânia por meio da supressão da linguagem. Na ausência de uma intersubjetividade de comunicação, os seres humanos depararam-se com sua incapacidade em concatenar quaisquer atos

1. Gen. XI,1–9: [1]Todo o mundo se servia de uma mesma língua e das mesmas palavras. [2]Como os homens emigrassem para o Oriente, encontraram um vale na terra do Senaar e aí se estabeleceram. [3]Disseram um ao outro: 'Vinde! Façamos tijolos e cozamo-los ao fogo!' O tijolo lhes serviu de pedra e o betume de argamassa. [4]Disseram: 'Vinde! Construamos uma cidade e uma torre cujo ápice penetre os céus! Façamo-nos um nome e não sejamos dispersos sobre toda a terra!" [5]Ora, Iahweh desceu para ver a cidade e a torre que os homens tinham construído. [6]E Iahweh disse: 'Eis que todos constituem um só povo e falam uma só língua. Isso é o começo das iniciativas! Agora, nenhum desígnio será irrealizável para eles. [7]Vinde! Desçamos! Confundamos a sua linguagem para que não mais se entendam uns aos outros.' [8]Iahweh os dispersou daí por toda a face da terra, e eles cessaram de construir a cidade. [9]Deu-se-lhe por isso o nome de Babel, pois foi aí que Iahweh confundiu a linguagem de todos os habitantes da terra e foi aí que os dispersou sobre toda a face da terra" (BÍBLIA. Bíblia de Jerusalém. Tradução do texto em língua portuguesa diretamente dos originais. São Paulo: Paulus, 2002. p. 48–49).

2. Desejar ser como Deus pode – ou não – ser pecado, a depender do modo como o ser encara a questão: "Desejar ser como Deus por semelhança acontece de duas maneiras. Primeiro, quanto àquilo em que naturalmente alguém pode se assemelhar a Deus. Nesse caso, não se peca pelo desejo de assemelhar-se a Deus, porque se pretende alcançar essa semelhança segundo a devida ordem, isto é, tê-la de Deus. No entanto, haveria pecado se também se quisesse ser semelhante a Deus por direito, como por virtude própria, e não pela virtude de Deus. De outro modo, pode-se desejar ser semelhante a Deus quanto àquilo em que naturalmente alguém não pode se assemelhar a Deus, como se alguém desejasse criar o céu e a terra, pois só Deus pode criar; nesse caso, tal desejo é pecado. Assim é que o diabo desejou ser como Deus" (AQUINO, Santo Tomás de. Suma teológica. 2. ed. Trad. de Aldo Vannucchi et al. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. II. p. 242–243).

para a concretização do fim a que visavam. Não se constrói uma torre sem comunicação.[3]

Ordem e caos. Sendo antíteses, o estabelecimento de uma intersubjetividade linguística é condição de possibilidade da ordem; sua falta é potencial condição de possibilidade do caos. E, em se tratando do caso brasileiro envolvendo o problema da proporcionalidade e da ponderação, tem-se um exemplo de excelência em que a ausência de contornos de significados mais claros – que será demonstrada detalhadamente no curso deste livro – criou uma grande dificuldade para organizar e propor padrões objetivos sobre o tema. A ponderação, seja na Dogmática Jurídica brasileira, seja na jurisprudência nacional, envolveu-se de contornos babélicos. Trata-se de um tema em que distintos autores oferecem uma grande variação de conceitos, alguns importados, que desconsideram o seu contexto originário. Disso resultam prejuízos metodológicos relevantes.

Em sua preocupação com a verdade, Hans-Georg Gadamer disse que "quem quer compreender um texto deve estar pronto a deixar que este lhe diga alguma coisa".[4] A fim de evitar a propagação de conceitos de guerrilha[5] – ou do perigo dos "conceitos camaleões"[6] –, é necessário que seja feito o alinhamento sobre o uso de algumas expressões que serão constantemente empregadas nesta pesquisa e que fazem parte do cerne da discussão. Daí que se faz necessário, portanto, iniciar esta pesquisa procurando demarcar conceitos-chave e elementos formais da pesquisa, que serão imprescindíveis para a leitura dos capítulos que sustentam a tese aqui defendida.

3. A comparação com a Torre de Babel é feita por GADAMER, Hans-Georg. Die Vielfalt der Sprachen und das Verstehen der Welt. (Vortrag). Heidelberg, 1990. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=FSTXIbLc6Rk. Acesso em 02 abr. 23.

4. No original: „Wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas sagen zu lassen" (GADAMER, Hans-Georg. Gesammelte Werke: Wahrheit und Methode. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 273).

5. Expressão utilizada para se referir aos conceitos que servem mais ao combate do que à Ciência: "[é o conceito que] nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efetivos. Pode estar em todos os lugares e em lugar algum" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p. 249).

6. Na conhecida expressão de Hohfeld: "pois para qualquer problema racional, seja jurídico ou não, palavras camaleônicas são um perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida". No original: "for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression" (HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. The Yale Law Journal, v. 23, n. 1, p. 16–59, 1913. p. 23).

I

A FORMAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO SÉCULO XIX

1.1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CAPÍTULO

Existe uma necessidade de compreender o que é a proporcionalidade, quando foi formada, o contexto e as razões pelas quais se formou, para que, após isso, tenham-se bem esclarecidos alguns conceitos fundamentais para a compreensão da sua simbiose com a ponderação, que veio a ocorrer na década de 1950 no Direito Constitucional alemão.

Com efeito, para o adequado entendimento sobre todas essas indagações acerca da proporcionalidade, é preciso investigá-la em sua origem, no "Estado de Polícia" do então Reino da Prússia. De acordo com o que se observou na revisão de literatura sobre o tema, é um consenso acadêmico que a origem da proporcionalidade remonta ao Direito prussiano, de forma que os autores que tratam de descrever a história de sua formação fazem referência ao Código para os Estados prussianos (ALR) e ao Supremo Tribunal Administrativo prussiano (STA) como marcos iniciais.[1] Essa é, portanto, a razão que justifica a investigação da proporcionalidade nesse contexto.

1. Nesse sentido: TISCHBIREK, Alexander. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 08–11; SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here? Duke journal of comparative & international law, v. 22, p. 291–302, abr. 2011. p. 294–295; JOUANNAUD, Victor. The Various Manifestations of the Constitutional Principle of Proportionality in Private Law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Org.). Proportionality in Private Law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 38; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. Proportionality and constitutional culture. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; DYZENHAUS, David. Proportionality and deference in a culture of justification. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley; WEBBER, Grégoire (Org.). Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 235–237; BARAK, Aharon. Proportionality: constitutional rights and their limitations. Trad. de Doron Kalir. NY: Cambridge University Press, 2012.

Este capítulo abordará a construção da proporcionalidade em três seções distintas.

Primeiro, com o intuito de oferecer ao leitor uma visão geral, tratar-se-á de informar o que é a Prússia, com uma apresentação histórica: Quando surgiu? Quando desapareceu? O porquê de ser considerado um "Estado de Polícia" e o que isso significa? Qual era a organização desse Estado?

Na segunda seção, haverá uma explicação sobre o ALR: o contexto em que surgiu e quais fins pretendia atender, quem foram os seus idealizadores, qual a sua estrutura e o seu período de vigência e qual o seu papel na consolidação da proporcionalidade.

Por fim, na terceira seção, demonstrar-se-á a utilização da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Administrativo da Prússia. A explicação tratará de expor o contexto de surgimento da instituição. Buscará, ainda, mencionar quais foram as razões que consolidaram a proporcionalidade como um meio de controle das ações estatais na jurisprudência do STA.

Com essa estrutura, será possível que o leitor tenha uma visão satisfatória da proporcionalidade, no Direito Administrativo do século XIX, antes que viesse a ingressar no Direito Constitucional alemão.

1.2. PRÚSSIA E O ESTADO DE POLÍCIA: O INESPERADO BERÇO DA PROPORCIONALIDADE

Extinto em 25 de fevereiro de 1947, por um decreto dos representantes das forças de ocupação aliadas, o Estado da Prússia não foi apenas retirado do mapa, mas, no mesmo ato, foi também julgado: "A Prússia não era apenas um território alemão dentre outros, como Baden, Württemberg, Baviera ou Saxônia; era a fonte mesma da moléstia alemã que afligiu a Europa".[2] De um lado – especialmente no século XIX e no início do século XX – a História tratou com uma visão "cor

p. 178–179; GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence. University of Toronto Law Journal, v. 57, p. 383–397, 2007. p. 384–385; SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. Columbia Journal of Transnational Law, v. 47, p. 68–149, 2008. p. 100–102; LAURENTIIS, Lucas Catib de. A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 61–63.

2. No original: "Prussia was not just one German territory among others, on a par with Baden, Württemberg, Bavaria or Saxony; it was the very source of the German malaise that had afflicted Europe" (CLARK, Christopher. Iron Kingdom: the rise and downfall of Prussia, 1600–1947. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 12).

II

A PONDERAÇÃO E SEU "NASCIMENTO" PARA O DIREITO PRIVADO

2.1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CAPÍTULO

Este capítulo pretende apresentar a ponderação, com o foco específico no Direito Privado alemão. Pretende-se compreender as "espécies" de ponderação que foram desenvolvidas, bem como avaliar o legado que cada uma deixou.

Com o intuito de bem investigar a ponderação, duas respostas se fazem necessárias: a apresentação do seu conceito e os critérios para o seu uso. Para que tal investigação seja feita, o capítulo trabalhará com três seções. Na primeira, far-se-á uma apresentação do conceito não jurídico: sua etimologia, seu significado na Ética cristã, no Direito Canônico e o seu uso através do senso comum. O objetivo é a demonstração de que a ponderação se trata de um conceito que migrou ao Direito. É, portanto, um conceito originário de outras áreas do conhecimento, mas que foi incorporado pela prática jurídica.

A segunda seção dedica-se ao tema em específico no Direito, com o objetivo de compreender qual é, afinal, o conceito de ponderação que foi desenvolvido no Direito Privado alemão. Isso se faz necessário pelo fato de que a ponderação se funde com a proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão na década de 1950, pesquisa esta que será objeto do terceiro capítulo deste livro. Assim, o primeiro capítulo demonstrou o surgimento da proporcionalidade no Direito Administrativo prussiano e este segundo capítulo demonstrará o

surgimento da ponderação no Direito Privado alemão. O capítulo terceiro explicará como ambas as figuras se uniram no Direito Constitucional por intermédio da jurisprudência do TCF.

Com efeito, considerado o fato de que a primeira aparição da ponderação se deu através de debates na Jurisprudência dos Interesses, a seção apresentará a história do seu surgimento, que ocorreu no debate entre Philipp Heck e Ernst Stampe. Na sequência, analisar-se-á o conceito nas obras de Karl Larenz e Josef Esser, buscando-se identificar se existem concepções próprias desenvolvidas por esses juristas e, caso positivo, se tiveram alguma relevância para a formação do conceito.

A terceira seção compromete-se com a explicação do conceito de ponderação que frutificou. Busca descrever se, como e de que forma, a ponderação que surgiu no âmbito das discussões dos autores de Direito Privado rendeu frutos e foi aproveitada nos anos subsequentes, a exemplo daquilo que prosperou na jurisprudência do TCF. Trata-se, portanto, de uma análise do seu legado, assim como se fez uma análise do legado da proporcionalidade no capítulo anterior.

2.2. O CONCEITO NÃO JURÍDICO DE PONDERAÇÃO

2.2.1. As palavras e as coisas: análise etimológica da ponderação em português e no alemão

Sob a perspectiva etimológica, a palavra ponderação tem sua origem no latim da palavra *ponderatio*.

Com efeito, de acordo com os dicionários "Charlton T. Lewis, Charles Short, a Latin Dictionary"[1] e "Logeion (λογείον)"[2] da Universidade de Chicago, a palavra *ponderatio* tem como significado "weighing", "poising". Traduzindo do inglês para a língua portuguesa, tem-se que "weighing" é a determinação do peso exato de um objeto ou substância, de pensar cuidadosamente antes de decidir algo. Já a palavra "poising" significa colocar ou manter em equilíbrio, equilibrar.

1. PONDERATIO. Charlton T. Lewis, Charles Short, A Latin Dictionary. Disponível em: https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059. Acesso em 01 dez. 2023.
2. PONDERATIO. Logeion (λογείον). Universidade de Chicago. Disponível em: https://logeion.uchicago.edu/. Acesso em 01 dez. 2023.

A palavra *ponderatio* não apresenta uma frequência tão alta em textos clássicos. São listadas passagens principais a seguir, as quais estão na Vulgata Latina:

> "Amico fideli nulla est conparatio et non est digna ponderatio auri et argenti contra bonitatem fidei illius" (Eclo 6,15 – Vulgata Latina) [Tradução: "Nada se pode comparar com um amigo fiel, e o ouro e a prata não merecem ser postos em balança com a sinceridade da sua fé].[3]
>
> "Gratia super gratiam mulier sancta et pudorata omnis autem ponderatio non est digna continentis animae" (Eclo 26, 19-20 – Vulgata Latina) [Tradução: "A mulher santa, e cheia de pudor, é uma graça sôbre outra graça. Pois todo o preço é nada em comparação duma alma continente].[4]

É interessante trazer também o significado do verbo, como forma de complementação, para observar a etimologia de *ponderatio*. De forma semelhante, *ponderare* significa pesar algo, pensar na mente uma questão, refletir sobre algo, mensurar o valor de algo.[5–6]

Dessa forma, tendo o conhecimento de que *ponderatio* não é uma palavra tão frequentemente utilizada, observa-se que, no dicionário, ela é referenciada nos verbetes à palavra *pondus* cuja tradução mais direta e objetiva seria "peso". De seu significado, pode-se considerar (1) o peso de algo ou de algum objeto; (2) balanço, equilíbrio, contrapeso; (3) peso, carga, fardo; (4) importância, consideração; (5) peso de caráter, firmeza, constância.[7–8]

Também mantendo a análise no latim eclesiástico, vale observar a seguinte passagem de Santo Tomás de Aquino:

> "Et ipsum pondus corporis pendentis continue auget dolorem; et cum hoc etiam est doloris diutumitas, quia non statim moriuntur, sicut hi qui sunt gladio interfecti". [Tradução: o próprio peso do

3. BÍBLIA. Bíblia Sagrada: contendo o Novo e o Velho Testamento. Tradução de Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Editora das Américas, 1950.
4. BÍBLIA. Bíblia Sagrada: contendo o Novo e o Velho Testamento. Tradução de Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Editora das Américas, 1950.
5. PONDERARE. Charlton T. Lewis, Charles Short, A Latin Dictionary. Disponível em: https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059. Acesso em 01 dez. 2023.
6. PONDERARE. Logeion (λογεῖον). Universidade de Chicago. Disponível em: https://logeion.uchicago.edu/. Acesso em 01 dez. 2023.
7. PONDUS. Charlton T. Lewis, Charles Short, A Latin Dictionary. Disponível em: https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059. Acesso em 01 dez. 2023.
8. PONDUS. Logeion (λογεῖον). Universidade de Chicago. Disponível em: https://logeion.uchicago.edu/. Acesso em 01 dez. 2023.

III

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 capítulos, 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-

dores"[1] 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 seções 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 seções 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 Constituição[2]. 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 ensaio intitulado "*A garantia jurisdicional da Constituição*"*;* em 1931,

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.

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 polêmica: 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 Benjamín 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 aqui 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 semejante 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 juízes 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).

V

DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO. A RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

5.1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CAPÍTULO

Na busca pela identificação das origens e características da ponderação, este trabalho trilhou um percurso histórico e segregado por áreas.

Considerando o tema deste livro, que trata da ponderação no Direito Civil brasileiro, a pesquisa procurou elucidar o que é, afinal, a ponderação. Assim, o capítulo primeiro identificou os contornos da proporcionalidade, no final do século XVIII e início do século XIX na Prússia; o segundo identificou o que era a ponderação no início do século XX, na Alemanha; o terceiro demonstrou como proporcionalidade e ponderação se acoplaram no Tribunal Constitucional Federal e, no último capítulo, demonstrou-se a difusão da proporcionalidade e da ponderação pelo mundo, dando-se uma atenção especial ao desenvolvimento da ponderação e da lei de sopesamento na obra de Robert Alexy.

Com essa história trilhada, abre-se o caminho para a exposição do caso brasileiro: o que aconteceu no Brasil, como proporcionalidade e ponderação ingressaram no Direito brasileiro e qual o seu *status* atual? Esse é o objetivo deste capítulo, dividido em cinco seções e um *Excursus*.

Na primeira seção, apresentar-se-á a incorporação da proporcionalidade naquele que foi o seu principal meio de ingresso no Brasil: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É importante destacar que essa primeira seção não se configura como uma pesquisa empírica, com delimitação de metadados, recolhimento e tratamento de julgamentos.

Isso porque as decisões referenciadas ao longo dessa seção são decisões recolhidas e indicadas na própria Dogmática Jurídica por critérios de inovação – e importância – no momento em que foram prolatadas. Trata-se, portanto, de decisões que são indicadas pela bibliografia pesquisada.

Feita a demonstração do ingresso no Supremo Tribunal Federal, a segunda seção procura demonstrar como isso entrou na Dogmática, em qual Dogmática e em qual contexto. A terceira seção, por sua vez, irá analisar se existe um uso da proporcionalidade no Direito Civil brasileiro.

A quarta seção é voltada para a ponderação. Durante toda a pesquisa até aqui desenvolvida, excetuado o uso da ponderação na jurisprudência dos interesses, percebeu-se que proporcionalidade e ponderação sempre andaram juntas após *Lüth* e o caso das farmácias, em 1958. O Direito Civil brasileiro, contudo, é diferente, uma vez que separou aquilo que há muito tempo estava unido. Em outras palavras, a ponderação no Direito Civil brasileiro não acompanha mais a proporcionalidade. Trata-se de um uso independente, que precisa ser investigado na sua forma, nos autores que a propagaram e quais os fins que pretendem atender com a sua utilização.

A quinta seção fecha o fio que conduz o capítulo, apresentando um problema recente da Dogmática alemã que possui conexão com o modo como o Direito Civil brasileiro vem se utilizando da ponderação.

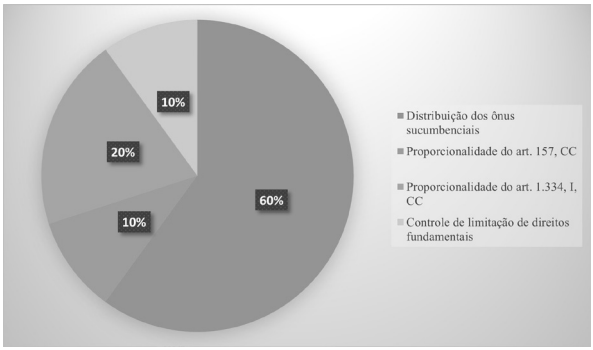
Por fim, um *Excursus*. A ponderação tomou muitos espaços no Direito brasileiro. Por último, tomou um espaço que não lhe era tão natural, que é o do direito positivo. Nesse *Excursus*, apresentar-se-á ao leitor o que se tem em matéria legislativa sobre o tema no Brasil. Com isso, acredita-se ser possível responder às três questões que o capítulo se propõe: (i) o que aconteceu no Brasil, (ii) como proporcionalidade e ponderação ingressaram no Direito brasileiro e (iii) qual o seu *status* atual?

Tudo isso será feito com o foco de apresentar a situação do Direito Civil.

ratórias; e aglomerações representam um risco alto de transmissão, de modo que o distanciamento social é recomendado para evitar disseminação da doença".

Por outro lado, afirmou que — embora adequada —, a medida era desnecessária "tendo em vista que existem outras medidas igualmente adequadas que fomentam, na mesma magnitude, o direito à saúde e à vida dos condôminos, mas restringem de forma menos intensa o direito de propriedade". Fez-se uma contraposição da medida, afirmando que "poderia o síndico, por exemplo, mantendo a vedação de atendimento externo, organizar um cronograma para que os proprietários pudessem acessar suas respectivas unidades condominiais em horários pré-determinados, evitando, assim, qualquer tipo de aglomeração".[44]

Da referida busca ("regra da proporcionalidade"), os resultados são sintetizados no seguinte quadro:



Com a busca por "prova da proporcionalidade", encontraram-se 5 decisões monocráticas e nenhum acórdão.

Com a busca por "princípio da proporcionalidade", encontraram-se 4.717 decisões monocráticas e 85 acórdãos. Em 69 casos, utilizou-se o referido princípio para controle de valores;[45] em 01 caso, como forma

44. Essa decisão foi citada, em caso envolvendo o Jockey Club de São Paulo (STJ. REsp nº 1.997.050/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 02.08.2022, *DJe* 09.09.2022). Aconteceu situação similar em que se proibiu a abertura de restaurante que tinha espaço locado no ambiente. Embora a situação tenha sido similar, a decisão não desenvolveu os argumentos, limitando-se a citar a decisão de relatoria da Min. Nancy. A decisão não apareceu na busca de jurisprudência feita nesse texto por nem sequer citar a proporcionalidade na ementa, embora tenha informado o informativo 743 do Tribunal.

45. STJ. AREsp 2.719.596/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4.ª T., j. 16.12.2025, *DJe* 19.12.2025 (controle do valor da multa cominatória); STJ. REsp 2.106.154/ES, rel. Min. Humberto Martins, 3.ª T., j. 13.10.2025, *DJe* 16.10.2025 (proporção de valores na aplicação do art. 950, CC); STJ. AREsp 1.989.891/PR, rel. Min. Moura Ribeiro, 3.ª T, j. 14.04.2025, *DJe* 23.04.2025 (fixação do *quantum* de danos morais); STJ. REsp 2.128.214/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª T., j. 14.05.2024, *DJe* 16.05.2024 (controle do