SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....37

I. O problema.....37

II. Delimitação do tema.....38

III. Plano de trabalho.....40

IV. Justificativa.....42

V. Originalidade.....43

VI. Tese.....44

METODOLOGIA DA PESQUISA.....47

I. Acordos semânticos sobre conceitos apresentados nesta pesquisa.....49

I.a. Metodologia, metódica e método.....49

I.b. Dogmática e Civilística.....52

I.c. Proporcionalidade e ponderação: máxima, teste, regra, princípio ou metódica?.....55

II. Questões procedimentais.....59

II.a. Método.....59

II.b. Questões formais.....60

I. A FORMAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO SÉCULO XIX.....63

1.1. Introdução e objetivos do capítulo.....63

1.2. Prússia e o Estado de Polícia: o inesperado berço da proporcionalidade.....64

1.3. A proporcionalidade e o código para os estados prussianos (ALR).....69

1.3.1. A ambivalência da elaboração do ALR (1783–1794): uma legislação que refletiu a transição de uma época 69
1.3.2. A previsão normativa do Código para os estados prussianos que originou a proporcionalidade 76
1.3.3. A visão da Dogmática sobre a proporcionalidade 77
1.3.4. A proporcionalidade realmente nasceu no ALR? 79
1.4. A proporcionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (1876–1914) 80
1.4.1. Por que a necessidade de um Supremo Tribunal Administrativo? 80
1.4.2. O Supremo Tribunal Administrativo na Alemanha: a Prússia e o II Reich 82
1.4.3. O caso de Kreuzberg: o estabelecimento de legitimidade de fins 84
1.4.4. A proporcionalidade e o caso da proibição de vendas de conhaque: necessidade e adequação 86
1.4.5. A proporcionalidade e o caso da ausência de iluminação dos postes: necessidade e adequação II 87
1.4.6. O legado do Supremo Tribunal Administrativo: lançamento das bases para a formação da proporcionalidade 88
1.5. Conclusões parciais 90

II. A PONDERAÇÃO E SEU "NASCIMENTO" PARA O DIREITO PRIVADO 93
2.1. Introdução e objetivos do capítulo 93
2.2. O conceito não jurídico de ponderação 94
2.2.1. As palavras e as coisas: análise etimológica da ponderação em português e no alemão 94
2.2.2. A ponderação na Ética cristã e no Direito Canônico 97
2.2.3. A ponderação como palavra do senso comum 103
2.2.4. Apropriando-se de uma crítica de Rückert: a transformação do não jurídico em jurídico 104

2.3. Os conceitos de ponderação: o Direito Privado alemão entra em cena 106
2.3.1. Philipp Heck e Ernst Stampe: o início das ponderações 106
2.3.2. Josef Esser: o homem dos princípios e a ponderação 111
2.3.3. A ponderação em Karl Larenz: originalidade de um conceito ou uma ideia a serviço do regime? 112
2.4. O conceito de ponderação que frutificou: a Jurisprudência dos Interesses 115
2.4.1. Jurisprudência dos Interesses: uma breve contextualização 115
2.4.2. Heck e a "ponderação subsidiária" da Jurisprudência dos interesses 116
2.4.3. O conceito e seus frutos 118
2.4.4. Qual o legado da ponderação concebida no Direito Privado? 124
2.5. Conclusões parciais 124

III. O ACOPLAMENTO ENTRE PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO 127
3.1. Introdução e objetivos do capítulo 127
3.2. O TCF nos anos 1950: um tribunal em busca de um lugar ao sol 128
3.2.1. Kelsen, Schmitt e a busca pelo guardião da Constituição 128
3.2.2. O papel assumido pelo Tribunal Constitucional Federal por intermédio dos Direitos Fundamentais 132
3.3. O caso Lüth e a ponderação 135
3.3.1. Veit Harlan e Eric Lüth: uma história que mudou a compreensão do papel dos direitos fundamentais na Alemanha 135
3.3.2. A decisão do Tribunal Constitucional Federal 138
3.4. O caso das farmácias e a ponderação 142

3.4.1. O litígio envolvendo o número de farmácias na cidade de Traunreut 142
3.4.2. A decisão do Tribunal Constitucional Federal 144
3.5. O dia depois do caso Lüth e do caso das farmácias: a ponderação no Tribunal Constitucional Federal e na Dogmática 149
3.6. Síntese de um acoplamento: a ponderação integrou-se à proporcionalidade? 152
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? 152
3.6.2. A ponderação resistiu no Tribunal Constitucional Federal no século XXI? 159
3.7. Conclusões parciais 161

IV. A DIFUSÃO DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO. A CRIAÇÃO DE UM CONCEITO GLOBAL 165
4.1. Introdução e objetivos do capítulo 165
4.2. O processo de difusão da proporcionalidade e da ponderação além-fronteiras 166
4.3. A expansão da proporcionalidade e da ponderação no espaço europeu 170
4.3.1. Corte Europeia de Justiça 170
4.3.2. Corte Europeia de Direitos Humanos 173
4.4. Excursus: A proporcionalidade e a ponderação recepcionadas na América do Sul e a influência do pensamento de Robert Alexy 176
4.4.1. Aspectos gerais 177
4.4.2. Regras e princípios 179
4.4.3. O caráter das normas de direitos fundamentais 185
4.4.4. A ponderação 188
4.5. Conclusões parciais 193

V. DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO. A RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....195

5.1. Introdução e objetivos do capítulo.....195

5.2. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....197

5.2.1. A proporcionalidade no sentido prussiano.....197

5.2.2. O triunfo da tese de Robert Alexy no Supremo Tribunal Federal.....198

5.3. O sucesso da proporcionalidade na Dogmática brasileira.....200

5.4. Proporcionalidade no Direito Civil?.....202

5.4.1. Dogmática.....202

5.4.2. Jurisprudência.....203

5.5. Ponderação e sua entrada da Dogmática do Direito Civil brasileiro: um produto de sua "constitucionalização"?.....209

5.5.1. Plano da seção.....209

5.5.2. Principais teses sobre a ponderação no Direito Civil brasileiro: uma consequência das teorias sobre a constitucionalização do Direito Civil?.....209

5.5.3. Colocação do problema.....212

5.5.4. Ponderação como superação da subsunção positivista.....213

5.5.5. Ponderação como técnica de interpretação autônoma.....216

5.5.6. Ponderação como necessidade das pretensões de constitucionalização do Direito Civil?.....218

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?.....220

5.7. Excursus: a ponderação legislada no Código de Processo Civil de 2015.....226

5.7.1. A regra do parágrafo segundo do art. 489, CPC.....226

5.7.2. A visão da Processualística e a posição do STJ sobre o art. 489, § 2º.....227

5.7.3. A crítica de Lenio Streck.....229

5.8. Conclusões parciais.....232

VI. REFUTAÇÃO DAS TESES SOBRE O USO DA PONDERAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO 235

6.1. Introdução e objetivos do capítulo 235

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 236

6.2.1. Contexto do debate 236

6.2.2. Apropriação ao caso brasileiro: uma incorporação sem os debates necessários 239

6.3. A subsunção está morta. Viva a subsunção! 243

6.4. Ponderação e Direito Civil: a tese de Otavio Luiz Rodrigues Jr. sobre o uso marginal da ponderação (ou *keep calm and carry on*) 251

6.5. Os riscos da perigosa aliança entre o Levita e o Bom Samaritano: ampliação da arbitrariedade no Direito Privado 257

6.6. Conclusões parciais 258

CONCLUSÃO 261

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 265

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS 283