

PROPORTIONALITY IN PRIVATE LAW, ORGANIZADO
POR FRANZ BAUER E BEN KÖHLER

PROPORTIONALITY IN PRIVATE LAW, EDITED BY
FRANZ BAUER AND BEN KÖHLER

WILLIAM GALLE DIETRICH

Professor da Graduação e da Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP/Unialfa. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CAPES. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Advogado. galledietrich@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in Private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apresentação da obra. 1.1. Textos introdutórios. 1.2. Perspectivas teóricas e constitucionais. 1.3. Proporcionalidade no Direito Privado europeu. 1.4. Proporcionalidade no direito processual. 2. Análise. Conclusão. Referências bibliográficas. Referências jurisprudenciais.

INTRODUÇÃO

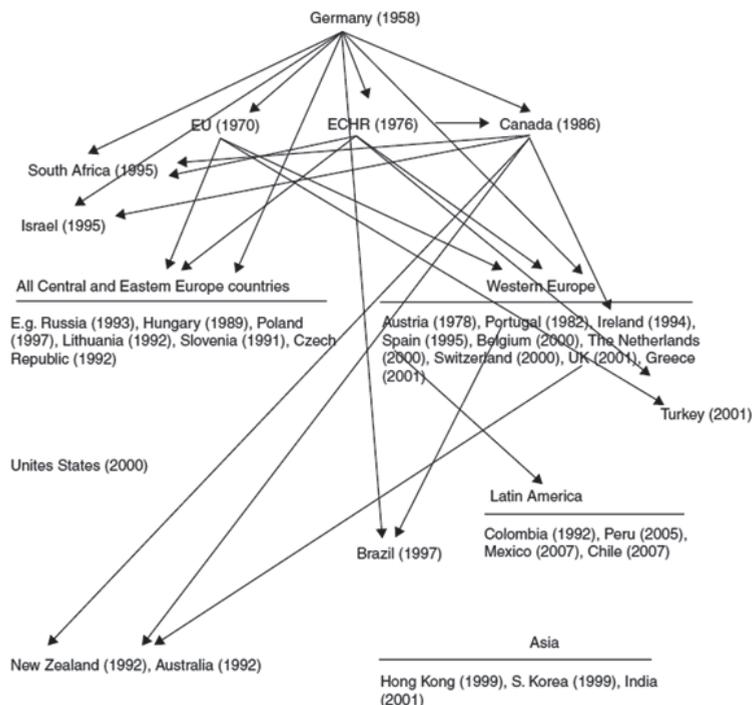
Em face dos controles e das limitações decorrentes da pandemia, a última década está marcada pela discussão sobre os limites das ações estatais e suas respectivas intervenções nas liberdades e garantias individuais. Especialmente no caso brasileiro, ainda se tem o problema das ações de controle estatal no âmbito da internet, a questão da democracia defensiva, entre outros temas, razão pela qual se torna cada dia mais atrativo, porque necessário, o estudo das ferramentas e metódicas vocacionadas a moldar os limites e as possibilidades das ações estatais com tais fins limitadores. Daí por que, a proporcionalidade tem cada vez mais tomado espaço nas preocupações e discussões jurídicas contemporâneas.

Trata-se de fenômeno com poucos precedentes na história. O teste/regra/princípio¹ da proporcionalidade é global, não sendo incomum a visualização de uma aproximação jusnaturalista em suas características, vale dizer, a existência do teste da proporcionalidade ao arrepio do direito positivo². De fato, é impressionante a capacidade de expansão do teste, que pode ser sintetizada na afirmação de que a proporcionalidade “exibe uma qualidade viral, espalhando-se rapidamente de uma jurisdição para outra”³, o que se verifica no modo como, de fato, ela chegou a praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo.

Nesse sentido, ainda que carente de uma grande rigidez nos seus marcos, é bastante ilustrativa a figura elaborada por Aharon Barak, que, tomada em sentido mais amplo, e

1. O tema é tão discutido a ponto de as divergências começarem justamente na nomenclatura. Chamam-na ora de princípio, ora de teste. Evidentemente, não se tem a pretensão de resolver esse problema nesta pequena resenha, contudo, é preciso consignar a existência de tal divergência na literatura. Nesse sentido, a título de exemplo: “A atribuição de caráter aberto e principiológico à proporcionalidade por muitos doutrinadores explica em grande parte o interesse da doutrina e jurisprudência pela ideia. Em primeiro lugar, quando se indaga sobre as razões do ‘êxito’ da proporcionalidade, chega-se à sua caracterização como uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional. Além disso, o caráter principiológico permite a adaptabilidade a situações concretas, isto é, as mudanças nas formas de justificação e nos resultados, mesmo no interior do mesmo ordenamento jurídico. Por essas razões a proporcionalidade é estudada com predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que consideram ser o emprego de técnicas ‘abertas’ de ponderação algo que permita o aumento da intensidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas. Nosso ponto de partida é exatamente o oposto. A proporcionalidade não constitui princípio, no sentido dado a esse último termo por teóricos do direito como Robert Alexy. Mesmo para quem adota a bipartição entre regras e princípios, a proporcionalidade apresenta muito mais natureza de regra do que de princípio.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 177-178.). Falando em teste da proporcionalidade – nomenclatura que será adotada doravante nesta resenha, por reputar-se a mais adequada – ver LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
2. Característica essa que já é encontrada nos primeiros textos sobre a proporcionalidade. É o que demonstra Alexander Tischbirek, ao tratar da origem da proporcionalidade em texto de 1955 de Herbert Krüger. (TISCHBIREK, Alexander. *Die verhältnismäßigkeitsprüfung: methodenmigration zwischen öffentlichem recht und privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 22.)
3. No original: “From a comparative law perspective, PA exhibits a viral quality, spreading relatively quickly from one jurisdiction to another.” (SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, judicial review, and global constitutionalism. In: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (Orgs.). *Reasonableness and law*. Dordrecht: Springer, 2009. p. 193.)

partindo das consolidações do modelo no julgamento de Lüth (1958), demonstra a capacidade de difusão do teste em uma escala global e em menos de um século⁴:



Assim, tem-se que a proporcionalidade é “amplamente aceita e altamente contestada”, mas inegavelmente passível de ser reconhecida como um sucesso incontestável⁵.

A proporcionalidade, justamente por tratar de questões de limitação de poder, teve o seu espaço de primazia para maiores discussões no campo do Direito Público. Ocorre que, como dito, a sua capacidade viral não está limitada na sua difusão entre países, mas, também, entre os ramos do Direito. Essa é a razão pela qual cada vez mais tem se tornado urgente a discussão do uso do teste da proporcionalidade no Direito Privado.

É justamente com base nessas constatações que surge o livro objeto desta resenha. Trata-se do resultado de uma conferência, realizada em maio de 2022, que tinha como objetivo discutir o conceito de proporcionalidade, especialmente, sob a perspectiva

4. BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 182.
5. No original: “[...] is both widely accepted and highly contested.” (KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-4.)

comparatista do Direito Privado. Com o objetivo de demonstrar o quão multifacetada é a racionalidade da proporcionalidade no âmbito privado, a obra é dividida em quatro partes: (i) dois textos introdutórios; (ii) a segunda parte, dedicada às fundações teóricas e constitucionais da argumentação da proporcionalidade; (iii) a terceira parte, que observa o potencial do conceito no Direito Contratual, no Direito de Propriedade Intelectual e no Direito Internacional Privado; e, por fim, (iv) a quarta parte, que analisa as possibilidades da proporcionalidade na resolução de questões do Direito Processual.

Esta resenha tratará de expor panoramicamente os principais problemas que foram objeto de cada um dos textos que compõem o livro para, ao final, trazer uma breve reflexão sobre a importância e a necessidade de que o tema também comece a ser discutido no Direito brasileiro⁶.

1. APRESENTAÇÃO DA OBRA

Embora alguns dos capítulos da obra contenham textos voltados para o Direito Processual e o Direito Penal, há um eixo de Direito Privado que trespassa o núcleo de todas as abordagens. A interlocução entre as áreas, portanto, ocorre por meio de um fio condutor que é a verificação de como a proporcionalidade acontece no Direito Privado e no que isso impacta até mesmo os outros ramos do direito.

Como já observado, o livro é dividido em quatro partes temáticas. A apresentação de cada um dos textos e dos seus respectivos problemas seguirá esta mesma divisão.

1.1. Textos introdutórios

Os textos introdutórios são dos organizadores da obra, sendo o primeiro de Ben Köhler⁷. O artigo é dividido em três partes. Na primeira, tem-se o intuito de investigar a proporcionalidade no direito alemão; na segunda, a visão da proporcionalidade como um princípio global; por fim, na terceira, um estudo comparativo com o direito privado.

Ao abordar a proporcionalidade no Direito alemão, o autor lembra que o modelo se consolidou como universal no segundo pós-guerra, embora suas origens remontem ao Direito Administrativo – em especial, o Direito Policial Prussiano do século XIX – e ao próprio Direito Privado. Destaca, ainda, que o Direito Privado comporta nuances e problemas distintos para a discussão da proporcionalidade, especialmente, pelo fato de que

6. Aproveita-se para deixar o registro público de agradecimento ao amigo Artur Ferrari de Almeida, com quem se mantém diálogos sobre o tema, e que foi responsável por indicar e sugerir a necessidade da análise desta obra.

7. KÖHLER, Ben. Proportionality in private law: a primer. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

o teste, ao entrar no reino do Direito Privado, recebe diferentes formas e significados. Segundo Köhler, uma das diferenças fundamentais que recai sobre a proporcionalidade no Direito Público e no Direito Privado ocorre no que tange à atividade judicante. Isso porque a proporcionalidade é pensada sob a racionalidade de revisão de atos, ao passo que, no Direito Privado, a racionalidade de revisão é afastada em detrimento da autonomia das partes em negociar⁸.

O autor ainda explica como a proporcionalidade opera no Direito da União Europeia, alertando para o fato de que as quatro fases bem delimitadas no contexto alemão nem sempre se verificam nesse contexto. Sobre sistemas comparados, Köhler demonstra alguns casos em que o teste não é consenso absoluto, como nos Estados Unidos, em que o seu uso foi rechaçado, embora não se possa negar que a discussão chegou nos debates daquele país⁹.

Köhler finaliza seu texto afirmando que as discussões comparatistas envolvendo a proporcionalidade e o Direito Privado ainda são incipientes, embora fundamentais. Se feitas com a profundidade requerida, os estudos sobre o teste podem fornecer respostas para dúvidas sobre como os sistemas de Direito Privado utilizam-se da proporcionalidade para ponderar os interesses das partes com terceiros ou, até mesmo, com a sociedade como um todo¹⁰.

O segundo texto introdutório é de Franz Bauer. O autor inicia suas considerações com destaque para as divergências envolvendo a proporcionalidade. Além das divergências conceituais, existem diferenças que envolvem o próprio posicionamento sobre o seu uso: consideram-na, alguns, como uma assunção da indeterminação do processo de tomada de decisão judicial – abraçando, portanto, um inafastável subjetivismo; outros a concebem como a forma mais objetiva e íntegra de tomada de decisão. E isso também ocorre no Direito Privado¹¹.

Feita essa introdução com o alerta de que o conceito é bastante disputado, Bauer passa a trabalhar três características essenciais do teste: primeiro, a questão de que o modelo se consolidou preponderantemente como um conceito relacional para apuração de meios e fins das ações estatais e, quando é pensado dentro do Direito Privado, é preciso entender que ele pode receber outros significados. Isso porque a própria natureza do

8. KÖHLER, Ben. Proportionality in Private Law: a primer. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 6-7.

9. KÖHLER, Ben. Proportionality in private law: a primer. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 8-12.

10. KÖHLER, Ben. Proportionality in private law: a primer. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 13-14.

11. BAUER, Franz. Proportionality in Private Law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 15-16.

direito material trazida à análise é distinta, uma vez que já não comporta o Estado, de um lado, e um indivíduo, do outro, mas apenas dois indivíduos¹².

Ao seguir traçando as características da proporcionalidade, observa, em segundo, a sua função de justificação, *i.e.*, a correlação entre justificação e proporcionalidade, uma vez que uma punição proporcional é também discursivamente uma punição justificada (e, portanto, legítima). Assim, a intervenção em direitos que respeita o teste da proporcionalidade passa a ser, *eo ipso*, uma intervenção justificada. E essas coisas podem acontecer tanto no Direito Público quanto no Direito Privado. O autor dá os exemplos, em cotejo, avaliando tanto a ação interventiva da polícia em uma busca e apreensão quanto numa relação privada em que um indivíduo mata um cachorro de um vizinho em legítima defesa: em ambas as situações, “o teste destina-se a resolver uma tensão entre os direitos individuais, de um lado, e os legítimos objetivos, privados ou governamentais, por outro”¹³.

Por fim, ao abordar a terceira característica, o autor fala que o modelo dividido em quatro etapas tem uma divisão de racionalidade empírica e valorativa: ao passo que as três primeiras fases (legitimidade de meios e fins, adequação e necessidade) são testes empíricos, *i.e.*, empiricamente podem ou não ser verificados. A última fase, da ponderação, abandona os domínios do empírico para ingressar no campo valorativo. Trata-se de uma dicotomia interna na proporcionalidade, entre “pensamentos de valoração neutra e valoração orientada, entre racionalidade instrumental e racionalidade valorativa”¹⁴.

Depois de abordar as três características, Bauer sustenta que a proporcionalidade pode sofrer duas distinções. A primeira situa-se em sua origem: (a.1) sendo no Direito Constitucional uma forma de controle das intervenções estatais, inevitavelmente, sua incidência acabará por desaguar no Direito Privado, quando o Estado regular as relações privadas. Contudo, (a.2) a proporcionalidade também pode ser vista em suas origens mesmas dentro do Direito Privado, independentemente do Direito Constitucional. A segunda distinção está no nível da operação, *i.e.*, enxerga o teste como um componente do Direito Privado – (b.1) quando regula as próprias relações de indivíduos privados – e

12. BAUER, Franz. Proportionality in Private Law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 17-19.

13. No original: “In both cases, the test is meant to resolve a tension between individual rights on the one hand and legitimate private or government goals on the other” (BAUER, Franz. Proportionality in Private Law: an analytical framework.” (BAUER, Franz. Proportionality in private law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 19.)

14. No original: “[...] value-neutral and value-oriented thinking, between instrumental rationality and value rationality, or between rule-like and standard-like adjudication.” In: BAUER, Franz. Proportionality in private law: an analytical framework. (BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 22.)

a proporcionalidade como (b.2) um padrão avaliativo com o qual o Direito Privado precisa se conformar – no qual regula o Direito que se aplica às relações privadas¹⁵.

De todas essas distinções, o autor cria quatro possíveis papéis para o teste no Direito Privado, que figuram na seguinte tabela¹⁶:

		Level of operation	
		Component of private law	Evaluative standard for private law
Source	Genuine private law proportionality	Proportionality tests (specific or general)	Virtue of law-making
	Constitutionally infused proportionality	Direct horizontal effect	Indirect horizontal effect

Sobre a proporcionalidade como um (1) componente do Direito Privado, o autor afirma que ela poderá oferecer (1.1) testes específicos ou gerais para a avaliação de relações privadas. Um contrato poderá ser considerado passível de extinção em um determinado ordenamento – independentemente da forma de extinção – se uma prestação for absolutamente desproporcional à contraprestação¹⁷. Bauer destaca que essa avaliação, que é feita pelos Tribunais sobre a proporcionalidade, não está baseada em Direito Constitucional, mas, antes, em técnicas típicas do Direito Privado, tais quais o uso da analogia ou da boa-fé. Há, ainda, a hipótese de incidência da (1.2) eficácia direta, na qual a proporcionalidade incidiria tal como incide nas relações Estado/indivíduo, ou seja, como uma forma de apurar se a conduta de determinado ator privado, ao infringir um direito fundamental de outrem, seria submetida ao teste em suas quatro fases¹⁸.

Sobre a proporcionalidade como um (2) padrão avaliativo, afirma que a incidência poderá ocorrer mediante o (2.1) estabelecimento de um critério de virtude de produção do direito, vale dizer, como elemento finalístico a ser buscado na produção jurídica,

15. BAUER, Franz. Proportionality in private law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 23-24.

16. BAUER, Franz. Proportionality in Private Law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 25.

17. BAUER, Franz. Proportionality in Private Law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 25-26. Isso se aproximaria bastante da lesão que, no Código Civil brasileiro, inclusive faz uso da palavra proporcionalidade: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente *desproporcional* ao valor da prestação oposta.

18. BAUER, Franz. Proportionality in private law: an analytical framework. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 27-28.

assim como são as respostas que buscam uma maior eficiência, ou uma maior coerência. O teste poderia, portanto, ser um critério de finalidade ou, em termos mais claros, um objetivo: que seja produzido um direito mais proporcional. O autor afirma que, nesse contexto, “a proporcionalidade não é entendida como um requisito constitucional, mas, antes, como um imperativo de prudência e conveniência ou, em outras palavras, uma virtude da produção do direito”¹⁹. Poderá ocorrer, também, pela (2.2) eficácia indireta, na medida em que a proporcionalidade não incide diretamente entre privados, mas, antes, ela regula ações estatais que impactam nas relações privadas, como o controle da legislação ou de decisões judiciais sobre o Direito Privado²⁰.

Dentro dessa perspectiva do padrão avaliativo, Bauer ainda discorre sobre os modos de submissão do Direito Privado à proporcionalidade: por incorporação e por “regramento” (*rulification*). O processo de incorporação é o mais conhecido e até aqui narrado. O processo de regramento, por sua vez, trata de situações em que a proporcionalidade é refletida em uma série de regras que tornam a solução proporcional, sem que o apelo à proporcionalidade seja exercido de maneira direta. Seria o caso em que uma restrição de liberdade de expressão, por exemplo, teria uma série de requisitos e dispositivos a serem cumpridos. O apelo à proporcionalidade é refletido nessas pequenas verificações feitas por tais regras positivas.

1.2. *Perspectivas teóricas e constitucionais*

O primeiro bloco de textos é fundamental para introduzir o leitor no modo como a discussão envolvendo a proporcionalidade e o Direito Privado apresenta grande variação e, ao mesmo tempo, é um debate contemporâneo. O segundo bloco de textos tem a intenção de aprofundar o problema sob a luz teórica, constitucional e histórica. Inicia com um texto de Víctor Jouannaud²¹. O objetivo do autor é distinguir as diferentes estruturas do teste da proporcionalidade no Direito Constitucional e examinar em qual constelação do Direito Privado elas devem ser observadas.

Para tanto, Jouannaud descreve as três versões da proporcionalidade tomadas no Direito Constitucional.

-
19. No original: “In these contexts, proportionality is not understood as a constitutional requirement but rather as an imperative of prudence and expediency or, in other words, a virtue of law-making.” (BAUER, Franz. *Proportionality in private law: an analytical framework*. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 30).
 20. BAUER, Franz. *Proportionality in private law: an analytical framework*. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 28-29.
 21. 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.

A primeira – teste da proporcionalidade vertical (tratada como similar ao *Übermaßverbot*) – é a mais comum e conhecida, que parte da premissa de que intervenções em direitos fundamentais, por ações estatais, precisam ser fundamentadas e proporcionais. O autor explica que as limitações nos direitos fundamentais podem ter duas motivações: (i) podem ser necessárias para que outros cidadãos possam exercer os seus direitos; (ii) podem ser necessárias para que a própria sociedade como um todo possa atingir determinados fins. Tem como premissa, portanto, o *status* negativo dos direitos fundamentais²².

A segunda aproxima-se do *Untermaßverbot* e considera o *status* positivo dos direitos fundamentais. Tomados nessa perspectiva, esses direitos impõem ao Estado o dever de ação para proteger direitos individuais contra ações de terceiros. O autor explica que, em face da vedação da autotutela, cabe ao Estado em seus poderes fornecer meios pelos quais se garanta ao cidadão o exercício dessas pretensões. Dentro dessa estrutura, envolvendo não apenas duas, mas três partes (sujeito que tem o seu direito violado – Estado –, sujeito que viola o direito), haveria uma imposição para que o Estado oferecesse meios apropriados e efetivos para a proteção desses direitos. Segundo Jouannaud, essa versão da proporcionalidade, contudo, não seria tão precisa quanto o teste vertical, especialmente, pelo fato de que nem sempre seria possível averiguar quando um meio é ou não efetivo o suficiente, além das críticas sobre a legitimidade de uma Corte Constitucional para exercer esse controle. Somado a isso, há, ainda, o fato de que textualmente não existe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, algo que, por sua vez, implicaria problemas na ponderação²³.

A terceira, por fim, refere-se à proporcionalidade horizontal. Essa espécie de proporcionalidade é bastante semelhante ao modelo anterior, com a diferença de que, nesses casos, o papel do sujeito que tem o direito violado e o papel daquele que viola o direito não é bem definido. Jouannaud enxerga nessa espécie de proporcionalidade um espaço típico das relações contratuais e, com efeito, observa que nessas situações os direitos fundamentais não funcionam em seu *status* negativo, mas, pelo contrário, como diretrizes para uma resolução objetiva de um caso. Aqui não há objetivo estatal sendo diretamente perseguido, razão pela qual a etapa de análise de adequação de meio e fim não encontra aplicação. Daí por que, nesse modelo, faz sentido falar em uma proporcionalidade puramente ponderativa, nos moldes alexyanos.

22. 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. 35-41.

23. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 42-44.

Explicadas as três formas, Jouannaud parte para uma análise individualizada das formas sob a perspectiva do Direito Privado. Isso pode se dar na perspectiva (1) do exercício do Poder do Estado no Direito Privado; e (2) de uma análise dos atos entre privados em si mesmo tomados.

O autor menciona que o modelo vertical, *a priori*, não possui aplicação no âmbito do Direito Privado. Isso, contudo, deixa de ser verdadeiro quando o Direito Privado é instrumentalizado para cumprir funções e objetivos de interesse público (1.1)²⁴. Para isso, Jouannaud dá dois exemplos. O primeiro envolve a responsabilidade civil: a ameaça de sanção por agir de certa maneira é uma forma de evitar que uma parte siga determinada conduta, a qual o Estado pretende regular. Isso, colocado de outra forma, é uma restrição indireta da liberdade das partes. O segundo trata da limitação da liberdade de contratar, seja a positiva, seja a negativa. Muitas vezes, quer pelo meio legislativo, quer pela atividade judicante, o Estado impede determinados negócios por meio de sanções como a nulidade e até mesmo com a exclusão da possibilidade de reivindicações indenizatórias posteriores. Trata-se, mais uma vez, de uma determinada conduta que o Estado quer regular (com a aplicação de sanções ou de incentivos). Nesses casos, há uma atividade estatal regulatória que limita um direito fundamental, aplicando-se, portanto, o teste da proporcionalidade em seu sentido vertical. O teste precisa observar o objetivo que o Estado busca alcançar e, assim, verificar se ele ultrapassa todas as fases da proporcionalidade²⁵.

Com efeito, o direito privado ainda pode ser utilizado para fins protetivos (1.2). Caso por excelência desse tipo de situação envolve a proteção aos direitos da personalidade que, eventualmente, podem ser violados por ações de terceiros, pautadas na liberdade de imprensa ou liberdade artística. Nesses casos, deve-se perguntar primeiro se uma medida com fins protetivos adere à proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) em face do particular que reivindica proteção (vítima), e, então, aplica-se o teste de proporcionalidade vertical (baseado em intervenção) em relação à outra parte (ofensor). Uma vez que a medida ultrapasse o nível mínimo de proteção exigido constitucionalmente, ela também deve passar pelo teste da proporcionalidade²⁶.

As análises até aqui desenvolvidas observam os propósitos estatais sendo realizados dentro do Direito Privado. Na segunda parte de sua análise, Jouannaud verifica se os

24. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 48-49.

25. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 50-53.

26. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 54-55.

atos privados em si mesmo tomados estão submetidos ao teste da proporcionalidade. Nesse tipo de análise, o autor estabelece um sistema de regras-exceções. A regra (2.1) é que as relações privadas não estão submetidas à proporcionalidade, *i.e.*, o exercício da autonomia privada não demanda uma justificativa ao estilo da proporcionalidade²⁷.

Merece destaque o fato de que os contratos assimétricos (2.2) não configurariam uma exceção a essa regra, uma vez que a legislação privada – e o autor fala no caso alemão – já oferece um acervo de ferramentas para a resolução desse problema, como a avaliação da validade do negócio jurídico ou a sua revisão judicial. A exceção recairia, portanto, em situações nas quais privados ocupam posições ou funções estatais (2.3). Há, nesse caso, uma distinção: (2.3.1) existem aqueles privados que o próprio Estado delega a competência para o exercício de uma atividade estatal ou, ainda, o caso de companhias com natureza de pessoa jurídica de direito privado, mas que são majoritariamente de propriedade do Estado; (2.3.2) empresas em evidente situação de poder ou monopólio que, ao mesmo tempo, abrem os seus serviços para o grande público e os serviços ofertados têm um impacto considerável na participação da vida social. O autor cita como exemplos os casos de limitações de torcedores ao acesso em estádios de futebol e situações envolvendo o *Facebook*. Em sua conclusão, deixa claro que não é possível que se faça uma aproximação única do teste no Direito Privado. É preciso que se distinga o ato – se estatal ou entre privados – e, se entre privados, a natureza do autor e da relação²⁸.

Ainda, dentro do bloco de matriz teórica, constitucional e histórica, o segundo texto é de Philip Bender²⁹. O autor inicia seu texto afirmando que busca encontrar a resposta acerca da amplitude da invalidação da legislação feita pelo Poder Judiciário, especialmente, tomando a distinção das decisões proferidas em instâncias constitucionais daquelas julgadas em instâncias ordinárias. Bender introduz esse problema afirmando que a ideia central do seu texto é distinguir o processo de julgamento no Direito Privado e no Direito Constitucional por uma reformulação do conceito do princípio da proporcionalidade³⁰.

27. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 56-57.

28. JOUANNAUD, Victor. The various manifestations of the constitutional principle of proportionality in private law. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 57-62.

29. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

30. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 63-64.

Isso se dá mediante a construção do argumento em seis etapas.

Na primeira, Bender trabalha os conceitos de coerência e ponderação. Para o autor, a coerência é frequentemente apresentada como forma de resolução de casos cíveis, seja no âmbito do *common law*, seja no âmbito do *civil law*. A aplicação – ou não – de um precedente ou de uma norma advinda da legislação pode ser afastada com raciocínios de coerência. O autor menciona exemplos envolvendo a analogia e a redução teleológica para concluir que, pela argumentação com razões de coerência, os juízes parecem não criar o direito do caso, mas apenas descobri-lo – porque previamente existente –, retirando o véu do espírito da lei ou do precedente. A visualização de colisão de direitos e a utilização da ponderação como meio de sanar os conflitos textuais estariam, em alguma medida, colocadas para o Direito Constitucional dessa mesma forma que a coerência estaria para o Direito Privado³¹.

Na segunda etapa, o autor sustenta a existência de uma expansão da ponderação para o Direito Privado. Ao atribuir ao realismo jurídico o mérito de atestar a inexistência de apoliticidade no Direito Privado, observa a invasão do Direito Privado pelos valores constitucionais e, por conseguinte, a colisão desses valores no campo privatístico. A via é de mão dupla e, à medida que a ponderação invade o campo privatístico, a coerência invade a constitucionalística, especialmente, por meio da proporcionalidade³².

Num terceiro momento, Bender afirma que a constitucionalização da coerência e de pontos centrais do Direito Privado não se mostram como um problema, desde que os juízes cíveis tenham competência para julgar a constitucionalidade de leis. Isso, contudo, não é o caso alemão. Daí por que o problema surge, uma vez que a adoção de critérios de coerência – como a redução teleológica por um juiz ordinário – pode consistir, em verdade, em uma invalidação da norma, algo que em tese seria competência exclusiva dos juízes constitucionais. O problema que se coloca, então, é o fato de que essa intersecção de ponderação e coerência pode gerar conflitos de competência³³.

No quarto ponto, busca a apresentação de um caminho para o problema colocado. E a solução passa pela exclusão da coerência das bases de julgamentos constitucionais. O autor afirma que existem três tipos distintos de normas constitucionais: a) aquelas que

31. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 66-68.

32. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 69-72.

33. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 73-74.

resolvem conflitos de valores *ex ante*, como o caso do “valor de não discriminação” que invalida, *ex ante*, qualquer legislação racista; b) aquelas que resolvem conflitos de valores *ex post*, como, as que delegam aos juízes a concretização do valor que for mais preponderante no julgamento do caso concreto; e, por fim (c) aquelas que passam a operar como se *ex ante* fossem por força da atuação judicial, como seria o caso do princípio da coerência³⁴.

Bender continua, na quinta etapa, tratando de um novo conceito de proporcionalidade. Ao observar a estrutura das quatro etapas do teste, o autor afirma que as três primeiras fases aproximam-se-iam da estrutura do princípio da coerência e que, portanto, estariam mais próximas da estrutura das normas do estilo “a” e “c” anteriores e reservadas aos juízes ordinários. Já a última fase seria destinada à ponderação, razão pela qual estaria mais próxima da estrutura das normas do estilo “b” e, assim, reservada aos juízes constitucionais³⁵.

Destacando que as análises pretéritas tiveram como foco o princípio da proporcionalidade como uma defesa contra a limitação dos direitos fundamentais, na última etapa da argumentação do seu texto, Bender aborda os direitos de igualdade. Demonstra, em um primeiro momento, que o controle judicial da igualdade pode ser dividido em aspectos de coerência e em aspectos de ponderação. Em um segundo momento, sustenta que, embora as questões de liberdade e igualdade estejam sempre concomitantemente em conflito, o uso da redução teleológica tem uma ligação mais próxima com os direitos de liberdade e o uso da analogia com os direitos de igualdade³⁶.

O último texto do bloco é de Nicolás Parra-Herrera³⁷. Com uma característica mais historiográfica, o autor afirma a falta de univocidade conceitual do teste. Com efeito, Parra-Herrera assevera que existem dois extremos pelos quais a proporcionalidade transita, a saber: (i) sob uma estrutura teleológica de racionalização da tomada de decisões para preservar a ordem social, garantir mercados de livre escolha ou

34. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 75-78.

35. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 79-82.

36. BENDER, Philip. Private law adjudication *versus* constitutional adjudication: proportionality between coherence and balancing. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 82-87.

37. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

maximizar os interesses humanos sob uma estrutura institucional; ou (ii) sob uma abordagem existencial agonística e distributiva que revela a complexidade de decidir quem fica com o quê³⁸.

O autor inicia com uma explicação sobre a importância de uma genealogia sobre o teste. Inicialmente, faz uma definição provisória: a ponderação é uma ferramenta que aparece quando um conflito ou uma lacuna surge na legislação, forçando o intérprete a abandonar os meios lógicos para se engajar em uma racionalidade substantiva. A proporcionalidade, por sua vez, surge como uma metódica oriunda da ideia de racionalidade e estrutura³⁹.

Dada essa conceituação provisória, o autor passa a avaliar outros três modelos de proporcionalidade, e o primeiro deles é o *modelo agonístico* de Oliver Wendell Holmes Jr. Ao estilo daquilo que Jhering havia feito na Europa, Holmes conclamou uma batalha para atacar a divisão artificial da vida e do direito e o modo como algumas aproximações tentavam fazer crer que o Direito operava em um nível de previsibilidade tal qual a Matemática. Tais métodos seriam uma espécie de hipnose que os juízes utilizariam quando procedem da mesma forma que os legisladores. Mas usam esses métodos – sendo a ponderação um deles – para fins de imputar às suas decisões uma espécie de previsibilidade. Parra-Herrera chama a aproximação de Holmes Jr. de agonista por uma questão ontológica: está na base do pensamento do autor o fato de que a vida é uma constante tensão entre interesses conflitantes, *i.e.*, uma interminável batalha para sobrevivência⁴⁰.

O segundo modelo é definido como teleológico, que apresenta versões em a) Roscoe Pound; b) Lon Fuller; e c) Henry Hart e Albert Sacks.

Influenciado pelas ideias de Jhering – e afastando-se do agudo ceticismo de Holmes Jr. –, sobretudo, pela publicação nos Estados Unidos, em 1913, da obra *Law as a means to an end*, Roscoe Pound foi impactado especialmente em dois pontos: (i) que toda norma jurídica é uma consequência provisória sobre um acordo envolvendo conflitos de interesses; e, ainda, (ii) que o julgador, nesses casos, precisa escolher a alternativa que satisfaça aos interesses da sociedade. Essas duas características fizeram com que Pound endossasse uma metódica instrumental, pragmática e antiformalista que, contudo, tivesse um *telos* a ser alcançado. Esse *telos* – que é justamente o que afasta Pound de

38. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 92-93.

39. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 93-95.

40. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 95-98.

Holmes Jr., uma vez que o ceticismo de Holmes Jr. não admitiria a crença em um *telos* – consolidou-se em uma tipologia de interesses sociais a serem preservados⁴¹.

A versão de Fuller explica-se pelo seu confronto com o realismo de até então. No início dos anos 40, Fuller publicou alguns textos em que reivindicou uma premissa metodológica distinta daquilo que vigorava até o momento, a saber, que o campo do ser e do dever-ser não pode ser separado. Como consequência, defendeu que o Direito é um fenômeno propositivo que não pode ser descrito em termos puramente neutros, e as próprias normas jurídicas contêm uma moralidade interna que direciona e prescreve a concretização de um sistema que visa o cumprimento de propósitos sociais. Ao observar que as normas jurídicas têm uma finalidade, Fuller colocou-se metodologicamente no campo teleológico⁴². Um aspecto interessante destacado pelo autor é o fato de que Fuller tratou de inserir uma dimensão a mais na avaliação dos interesses em conflito, *i.e.*, a atividade judicante não deveria destilar apenas os interesses conflitantes, mas também avaliar as funções que os institutos jurídicos estavam a garantir. A relação contratual, por exemplo, não trata apenas da questão da liberdade de contratar, mas envolve outros interesses de suma importância, tais quais a confiança e a proibição do enriquecimento sem causa. Dessas lições de Fuller, seguiu-se a destronização da teoria da vontade, que foi suplantada por um modelo de conflitos de considerações⁴³.

Por fim, Henry Hart e Albert Sacks – que formavam aquilo a que se chamou de *legal process school* – trataram de trabalhar sob a perspectiva de uma metódica pautada em eficiência. Porque os recursos são limitados, esses autores apostaram na utilização adequada desses limitados bens como fio condutor decisório. Para tanto, estabeleceram três guias para observação: (i) garantir uma existência social; (ii) satisfazer os desejos humanos de forma eficaz; e (iii) distribuir recursos limitados de forma justa. Há, nessa visão, uma alteração metodológica, uma vez que os arautos da *legal process school* deixam de focar naquilo que vai ser decidido para engajar sua atenção a *quem* vai decidir. A colaboração de Hart e Sacks, por essa via, foi sobretudo em um sentido institucional. Eles sugeriram que o objetivo do direito era continuar expandindo os recursos, desenhando procedimentos e construindo arranjos institucionais para resolver questões guiadas pela instituição apropriada, ou seja, *quem* vai decidir⁴⁴.

41. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 99-103.

42. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 103-105.

43. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 103-107.

Depois dos modelos agonístico e teleológico(s), Parra-Herrera apresenta, ainda, um modelo existencial-distributivo. Atribuindo o modelo a Duncan Kennedy, o autor afirma que esse modelo acaba por desvelar a opacidade (incapacidade de compreender todos os elementos no agora) e a nebulosidade (incapacidade de prever todas as consequências no futuro) da ponderação. A sua visão parte da ideia de expansão dos recursos de Hart e Sacks, adicionando a ideia de que a distribuição de bens tem um custo a ser calculado. Não basta, portanto, que uma decisão “x” tenha promovido o bem “y”. É preciso avaliar que a decisão “x” produziu o bem “y” ao custo de “z”. Ao elemento de distribuição, Kennedy adiciona a questão existencial, a saber, que todos os bens identificados como fim a ser perseguido maquiavam aquilo que realmente acontece no ato decisório, qual foi o meio escolhido e quais as consequências distributivas desses meios.

Parra-Herrera destaca, também, que Kennedy observa na proporcionalidade um caminho não para a racionalização dos meios decisórios, e, por outro lado, um caminho para a politização e ideologização do direito. A ponderação seria, assim, um “cavalo de Troia”. Kennedy não pretende formular uma correção a isso. Aproxima-se, assim, de uma visão fatalista que joga luzes sobre o fato de que a proporcionalidade e a ponderação envolvem escolhas éticas trágicas e inescapáveis que os tomadores de decisão devem enfrentar em um mundo de luta⁴⁵.

Parra-Herrera nega, assim, a ideia de que a proporcionalidade e a ponderação não tenham raízes estabelecidas no sistema norte-americano. Ao traçar a genealogia dos três modelos que identificou, o autor pretende, com seu artigo, demonstrar que a proporcionalidade não tratou necessariamente de garantir maior racionalidade ao processo decisório, contudo, nos termos colocados, demonstrou a responsabilidade daqueles que julgam, máxime, quando tomadas as perspectivas de opacidade e nebulosidade.

1.3. *Proporcionalidade no Direito Privado europeu*

O terceiro bloco do livro, formado por três textos, aborda com maior detalhamento as questões de Direito Privado propriamente ditas. São textos sobre direito contratual e propriedade intelectual. No primeiro texto, de Johanna Stark⁴⁶, há a preocupação em

44. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 107-109.

45. PARRA-HERRERA, Nicolás. Three approaches to proportionality in American legal thought: a genealogy. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 110-113.

46. STARK, Johanna. Rights and their boundaries in European contract law: abuse, proportionality, or both? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

responder a dois questionamentos: 1) do ponto de vista do direito contratual europeu, é possível que o *exercício* de um direito possa ser limitado quando seu exercício impactar grave e desproporcionalmente os interesses de outra parte? 2) não sendo afirmativa a hipótese anterior, se, do ponto de vista do direito contratual europeu, é possível que as *consequências* de um direito possam ser limitadas quando seu exercício impactar grave e desproporcionalmente os interesses de outra parte⁴⁷?

Inicialmente, Stark apresenta uma análise jurisprudencial sobre o que a Corte Europeia de Justiça entende por abuso de direito e se o elemento subjetivo é *conditio sine qua non* para a configuração do abuso. Constatando que não existe consenso sobre o fato de o abuso de direito poder ser utilizado tão somente com uma base objetiva, a autora sugere que o princípio da proporcionalidade tem demonstrado ser um forte candidato a assumir essa posição. A autora demonstra que a proporcionalidade no direito contratual não é idêntica à proporcionalidade dividida em fases do Direito Público, afirmando que o paralelo mais preciso pode ser feito com a proporcionalidade em sentido estrito. Discorre, ainda, sobre uma série de diretivas normativas da União Europeia que tratam da questão⁴⁸.

Stark trabalha também com a ideia da desproporcionalidade como limitação do direito de contratar. Nesse ponto, entram em questão novamente a limitação do direito em si mesmo considerado e a limitação das suas consequências. Um exemplo dado pela autora envolve o chamado direito de retirada do consumidor de alguma relação contratual quando condicionado ao pagamento de alguma compensação ao fornecedor. Esse direito de retirada precisa se dar de forma a equilibrar proporcionalmente o interesse do vendedor em ser compensado pela perda de valor incorrida durante o período em que o bem vendido foi utilizado pelo consumidor. Dito de outra forma, o direito de retirada não pode ser condicionado a uma contraprestação desproporcional (cláusula penal abusiva, por exemplo) que, na prática, pode aniquilar a pretensão de resilição do consumidor⁴⁹.

A autora ainda discorre sobre as possíveis relações da proporcionalidade e da boa-fé. Trata de um caso em que um potencial locatário – que era uma grande empresa – incentivou o locador a fazer pesados investimentos em um prédio, na fase pré-contratual.

47. STARK, Johanna. Rights and their boundaries in European contract law: abuse, proportionality, or both? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 119-120.

48. STARK, Johanna. Rights and their boundaries in European contract law: abuse, proportionality, or both? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 125-129.

49. STARK, Johanna. Rights and their boundaries in European contract law: abuse, proportionality, or both? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 129-133.

O proprietário tratou de atender todas as exigências do potencial locatário. Ocorre, contudo, que, em sua administração interna, o locatário já havia desistido do negócio há bastante tempo. O *link* feito entre proporcionalidade e boa-fé se deu no campo das consequências: ao proceder dessa forma, o locatário abusou do seu direito de não contratar, gerando *consequências* desproporcionais de uma situação normal de não contratação⁵⁰.

Em suas conclusões, Stark relembra que, sob a perspectiva do direito contratual europeu, o critério da proporcionalidade demonstra-se como o mais promissor candidato a estabilizar a discussão sobre o elemento objetivo na questão do abuso de direito. Também destaca o fato de como a proporcionalidade tem sido utilizada pela Corte Europeia de Justiça para aferir as *consequências* do exercício de uma faculdade contratual. Adverte, contudo, que a questão ainda permanece um tanto quanto obscura no que se refere ao uso da proporcionalidade para aferir o *direito mesmo* na relação contratual.

O segundo texto é de Luc Desauettes-Barbero, versando sobre o uso da proporcionalidade no direito de propriedade intelectual⁵¹. Com efeito, Desauettes-Barbero inicia seu texto destacando o fato de que os direitos de PI, por sua própria natureza internacional, demandaram uma harmonização pela Europa, razão pela qual a utilização do teste nesse campo poderia ser uma espécie de prenúncio ao uso da proporcionalidade em outras áreas do Direito Privado⁵².

Para avaliar a incidência da proporcionalidade, é necessário entender a base do direito de PI, que se dá por meio de duas premissas: (i) a definição da matéria sujeita à proteção; e (ii) o escopo da proteção (*i.e.*, a especificação do grau de exclusividade reconhecida à matéria protegida). Para ambos os casos, o autor enxerga o uso da proporcionalidade em algumas práticas, destacando especial atenção para o escopo da proteção e a doutrina do *fair use*. Trata-se de exceção ao direito de PI que se baseia, entre outras coisas, em uma ponderação que considera o propósito do uso e o seu efeito no valor da marca⁵³.

50. STARK, Johanna. Rights and their boundaries in European contract law: abuse, proportionality, or both? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 134-136.

51. DESAUNETTES-BARBERO, Luc. Proportionality and IP law: toward an Age of balancing? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

52. DESAUNETTES-BARBERO, Luc. Proportionality and IP law: toward an Age of balancing? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 137-138.

53. DESAUNETTES-BARBERO, Luc. Proportionality and IP law: toward an Age of balancing? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 140-144.

O autor segue destacando o papel da proporcionalidade no *enforcement* na questão dos direitos de propriedade intelectual. São as ações de natureza mandamental – ordem para que uma violação a um direito de PI cesse ou, ainda, a determinação de destruição de algum material violador de direitos de PI – e a apuração dos danos. O autor traz um exemplo consideravelmente ilustrativo: estima-se que existam aproximadamente 250.000 patentes ativas no mercado de telefones celulares. Isso torna difícil, até mesmo para uma grande companhia empenhada em tomar todas as diligências devidas, identificar todos os direitos relevantes. Ocorre que, posteriormente à produção em larga escala, pode surgir um proprietário de alguma patente requerendo *royalties* por um valor desproporcional ao efetivo valor da patente, aproveitando-se da larga escala já produzida. Nesses casos, a proporcionalidade pode efetivamente desempenhar um papel metódico na apuração das reivindicações dos proprietários de patentes. Desauettes-Barbero trabalha a ideia de uma aproximação mais flexível; uma abordagem menos tipológica, portanto. No caso dos Estados Unidos, o autor cita o caso *eBay v. MercExchange* (2006) no qual a Suprema Corte reverteu uma decisão, passando a julgar com base em uma aproximação de ponderação. Nesse caso, a Suprema Corte trabalhou com um modelo bastante próximo à proporcionalidade, uma vez que condicionou a concessão de uma decisão de natureza mandamental a que o demandante demonstrasse que (1) sofreu um dano irreparável; (2) as soluções oferecidas pelo direito, como a compensação monetária, seriam *inadequadas* para a tutela do direito. Além disso, o órgão julgador avaliou (3) a *ponderação* entre as dificuldades do autor e do réu para a concessão da decisão; e, por fim, (4) que o interesse público (como a saúde ou segurança) não sofreria de descontinuidade pela decisão permanente⁵⁴.

Ao contrário do caso dos Estados Unidos, que fornece elementos ao julgador que permitem flexibilizar sua decisão às necessidades do caso concreto, bastante próximo do teste da proporcionalidade, o modelo europeu ainda sofre de um engessamento bastante problemático, sobretudo em suas diretivas de PI. Ocorre, contudo, que começa a se perceber uma virada de chave nesse sentido, especialmente, observando que em 2016 foi publicada uma nova diretiva – *The Trade Secrets Directive* – em que há expressa previsão de que as ordens judiciais respeitem o critério da proporcionalidade. Isso faz com que o modelo europeu possa, nos próximos anos, começar a seguir o mesmo caminho do modelo estadunidense, *i.e.*, colocar o modelo europeu de PI dentro da era da ponderação⁵⁵.

54. DESAUNETTES-BARBERO, Luc. Proportionality and IP law: toward an Age of balancing? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 144-148.

55. DESAUNETTES-BARBERO, Luc. Proportionality and IP law: toward an Age of balancing? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 150-154.

O último texto do bloco envolvendo o Direito Privado europeu é de Sorina Doroga⁵⁶. O objetivo do texto é analisar o uso do teste em questões envolvendo direitos humanos, sobretudo, nos casos em que estão envolvidas temáticas de Direito Internacional Privado.

Doroga inicia comentando a vagueza e a incerteza do conceito de ordem pública. Essa vagueza fez com que o termo recebesse uma gama considerável de conotações, das quais a autora menciona e explica o conceito de ordem pública interna, ordem pública externa, ordem pública puramente internacional, ordem pública substantiva, ordem pública processual, ordem pública nacional e ordem pública europeia⁵⁷.

A ordem pública é sempre um limitador dos negócios firmados em relações privadas de caráter internacional, *i.e.*, os contratos são vinculantes, como regra, desde que não afrontem regras de ordem pública dos países. Evidentemente, os direitos humanos fazem parte disso a que se chama de ordem pública. Doroga menciona que há, nesse sentido, o paradigmático caso *Krombach v. Bamberski*, em que se entendeu pela inaplicabilidade de uma decisão judicial oriunda de um processo no qual não se ouviu a defesa de um réu ausente. A razão foi justamente a de que isso se caracterizaria como uma manifesta violação de direito fundamental⁵⁸.

A autora discorre ainda sobre um problema específico: a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, em suas razões, considerou que a violação à ordem pública que autoriza a não aplicação de uma decisão estrangeira precisa preencher três requisitos, a saber, ser (i) evidente e (ii) séria, além de (iii) desproporcional. O problema identificado reside no fato de que, embora esses critérios tenham sido estabelecidos, não houve um detalhamento de como qualificar analiticamente a “evidência” e a “seriedade” de uma violação⁵⁹.

Justamente com base nessas colocações, Doroga começa a explicar o papel da proporcionalidade no uso das cláusulas de defesa de ordem pública. As duas principais

56. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

57. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 157-163.

58. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 164-166.

59. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 167-168.

críticas ao uso da ordem pública residem na ampla vagueza do conceito e, como consequência, no amplo poder discricionário concedido a juízes para negar efeitos ao direito ou a um julgamento estrangeiro. A proporcionalidade entraria como um remédio parcial para esse problema⁶⁰.

Com efeito, ocorreria aqui um conflito de valores: de um lado, os valores da confiança mútua entre os países integrantes da EU; de outro, as eventuais agressões aos núcleos essenciais dos direitos humanos, que configurariam violação à ordem pública. Essa colisão reivindicaria uma ponderação. Nesse contexto, partindo de texto de Alex Mills, haveria de se considerar três fatores que podem ser utilizados para tornar mais delimitado o que é, de fato, a ordem pública, a saber: *proximidade, relatividade e gravidade da violação*. A proporcionalidade entraria, assim, como metódica na avaliação da gravidade da violação, justamente com o objetivo de reduzir a discricionariedade judicial.

O teste teria uma dupla incidência: em primeiro, ocorreria *in concreto*: se a violação é manifesta e desproporcional ou, pelo contrário, se é legítima para o direito em questão. Essa análise seguiria o tradicional método dividido em fases da proporcionalidade – adequação, necessidade em proporcionalidade em sentido estrito –; a segunda análise de proporcionalidade envolveria uma ponderação em uma dimensão sistemática, na qual se consideraria o conflito que demanda a proteção dos direitos fundamentais como valores essenciais do direito europeu em conflito com; de outro lado, a necessidade de reconhecimento e confiança mútua nos sistemas jurídicos de cada país. Embora não fulmine a discricionariedade, a autora enxerga na proporcionalidade uma ferramenta para diminuí-la⁶¹.

1.4. *Proporcionalidade no direito processual*

O último bloco é voltado a investigar a proporcionalidade no âmbito processual. O primeiro texto, de Wiebke Voß⁶², tem a proposta de investigar as características da proporcionalidade no Direito Processual.

O estudo inicia pelas considerações das reformas de Lord Woolf no processo inglês. O fato de que no ambiente inglês, independentemente do direito material colocado em

60. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 169-170.

61. DOROGA, Sorina. The use of public policy clauses for the protection of human rights in the EU and the role of proportionality. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 171-177.

62. Voß, Wiebke. Proportionality in civil procedure: a different animal? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

litígio, havia sempre o mesmo tratamento procedimental, *i.e.*, todas as demandas se utilizavam do mesmo processo – contendo identidade em seus atos concatenados –, fazendo com que o sistema se tornasse caro demais, lento e *desproporcional*⁶³.

A autora destaca que elementos de Direito Processual têm, como regra, a utilização pública de medidas coercitivas, por intermédio do Estado-juiz, atuando em uma relação entre privados, ou seja, em uma abordagem panorâmica, as relações processuais entre dois privados são a mera continuação de suas relações no campo do direito material, agora, entretanto, por outros meios. Dessa forma, o teste em seu formato tradicional não necessariamente se encaixa nesse modelo de avaliação dentro do Direito Processual. A autora destaca, contudo, que a proporcionalidade opera como um conceito aberto, maleável, que serve para balancear e vincular a análise de um objetivo a ser perseguido, os meios utilizados para atingir esse fim e os deméritos que podem ser atribuídos a esses meios, independentemente do contexto, sendo de Direito Público ou de Direito Privado⁶⁴.

Voß trata das dificuldades conceituais envolvendo a proporcionalidade. Há disputa sobre quais os objetivos que seriam perseguidos em um processo: se os estritamente privados ou se o processo, ainda que firmado entre privados, teriam objetivos públicos. Discorre também sobre o problema da incomensurabilidade⁶⁵.

A autora finaliza sua análise mencionando que a proporcionalidade reflete um embate entre a justiça procedimental e a justiça substantiva, uma vez que um processo pode ser observado pelo seu interior (e a respectiva disputa de direitos que ele engloba – visão substancial), assim como pelo seu exterior (e a visão do processo tomado em todo o seu sistema – visão procedimental). A visão procedimental, contudo, pode recair em problemas de utilitarismo, já que poderá servir como forma de fomentar procedimentos que se preocupem apenas com a distribuição de recursos e com objetivos sociais, sem que a substância dos casos seja detidamente analisada⁶⁶.

63. Voß, Wiebke. Proportionality in civil procedure: a different animal? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 183-188.

64. Voß, Wiebke. Proportionality in civil procedure: a different animal? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 189-193.

65. Voß, Wiebke. Proportionality in civil procedure: a different animal? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 193-196.

66. Voß, Wiebke. Proportionality in civil procedure: a different animal? In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 197-198.

O último texto da obra é de Guy Rubinstein⁶⁷. O objetivo do texto é analisar a 4ª Emenda americana, no que diz respeito à desconsideração das evidências contraídas de forma indevida no processo penal. O autor pretende demonstrar como os penalistas voltaram-se para o Direito Civil para fins de encontrar uma solução mais proporcional para casos em que evidências penais foram adquiridas ao arrepio daquilo que prevê a 4ª Emenda.

As discussões jurídicas sobre o tema caminharam no sentido de considerar muitas vezes desproporcional a exclusão de toda uma prova por causa de algum desrespeito às regras procedimentais. Disso se seguiu a apresentação da alternativa de compensar o prejuízo monetariamente (*monetary damages*). Isso porque a quantificação dos danos sofridos através de dinheiro apresentaria uma margem de adequação ao caso – não resvalando na hipótese binária de exclusão das provas –, trazendo uma solução mais proporcional, ou seja, a desconsideração de uma prova por violação contra a 4ª Emenda é uma opção binária, da espécie “8 ou 80”, o que faria com que violações menos graves fossem tratadas da mesma forma que violações mais graves. Criminosos perigosos poderiam voltar à sociedade por questões desproporcionais. Assim, a fixação de uma indenização mostrar-se-ia como uma ferramenta adequada para ajustar proporcionalmente as soluções aos casos⁶⁸.

Rubinstein demonstra, contudo, que muitas críticas foram direcionadas a essa solução. Entre as mais contundentes, vale destacar a constatação de que a quantificação dessa compensação também se mostra arbitrária dentro do modelo norte-americano e, ademais, a fixação de tais danos não é capaz de criar o efeito de impedir que as ações policiais deixem de ser conduzidas ao arrepio da legalidade, ou seja, a fixação dos *monetary damages* não cumpriria sua função pedagógica⁶⁹.

A segunda solução seria, ao invés da compensação monetária, a redução da pena. Seguindo a mesma racionalidade da necessidade de uma ferramenta intermediária, cogitou-se a aposta em uma técnica que poderia ser mais maleável aos casos concretos. Todavia, essa solução também sofreria de severo déficit de proporcionalidade, pelas mesmas razões da compensação monetária, a saber: a arbitrariedade da quantificação e um efeito pedagógico deveras debilitado⁷⁰.

67. RUBINSTEIN, Guy. The influence of proportionality in private law on remedies in American Constitutional Criminal Procedure. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.

68. RUBINSTEIN, Guy. The influence of proportionality in private law on remedies in American Constitutional Criminal Procedure. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 201-206.

69. RUBINSTEIN, Guy. The influence of proportionality in private law on remedies in American Constitutional Criminal Procedure. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 206-212.

70. RUBINSTEIN, Guy. The influence of proportionality in Private Law on remedies in American Constitutional Criminal Procedure. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 212-216.

2. ANÁLISE

Um sucesso triunfante com qualidade viral. Assim foi definida a proporcionalidade no início desta resenha por alguns dos autores que se dedicaram ao tema. Essas características do teste são confirmadas com qualquer leitura preliminar de obras discutindo a questão, de forma que a obra objeto desta resenha apenas ratifica o ponto: em dez textos compilados, foi possível observar a proporcionalidade surgir em temas de Direito Constitucional, em questões contratuais e de Propriedade Intelectual, assim como ferramenta de mensuração de danos, forçando um diálogo entre o Direito Civil e o Processo Penal.

A proporcionalidade mostra-se, portanto, como uma linguagem universal e a obra organizada por Köhler e Bauer é precisa em demonstrar isso. Da esfera da *common law* à esfera da *civil law*, percebe-se que o problema do teste é uma preocupação com características globais, ou seja, é um tema que interessa a todas as áreas do Direito de praticamente todos os países. Decerto, não é outro o motivo pelo qual alguns enxergam o teste da proporcionalidade com características jusnaturalistas.

A novidade do livro, contudo, é alertar a comunidade jurídica para um problema do Direito Privado: por muito tempo, a proporcionalidade foi uma preocupação dos Publicistas. No caso brasileiro, a título ilustrativo, tem-se como exemplo a dedicação ao tema de Gilmar Ferreira Mendes. Tratando do princípio da proporcionalidade, já em 1994 (mostrando, portanto, um certo equívoco na tabela apresentada por Aharon Barak mencionada na introdução desta resenha), o autor fazia um interessante panorama das decisões do Supremo Tribunal Federal⁷¹. Em sua pesquisa, identificou decisões muito antigas, como os primeiros elementos “de algum significado ao princípio da proporcionalidade” –, alguns até mesmo anteriores a Lüth (1958). Cita-se, como primeira manifestação, o RE 18.331⁷², não raramente lembrado na jurisprudência atual do STF⁷³, que, julgado no início dos anos 50, entendeu que a proporcionalidade deveria ser critério no que tange ao poder de tributar, uma vez que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.

Saindo da esfera jurisprudencial, não é incomum a dedicação da Dogmática de Direito Público no Brasil para o tema da proporcionalidade. Por exemplo, além do próprio Gilmar Ferreira Mendes, para citar autores que escreveram especificamente sobre

71. MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF. *Reper-tório IOB de Jurisprudência*, v. 23, p. 469-475, 1994.

72. BRASIL. STF, RE 18.331, rel. Min. Orozimbo Nonato, *RF* 145, 1953.

73. BRASIL. STF, AgRg no RE 771.660/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 23.09.2014, *DJe* 13.11.2014; STF, AgRg no RE 777.574/PE, rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., j. 28.04.2015, *DJe* 22.05.2015.

o tema da proporcionalidade (artigos ou livros), tem-se Humberto Ávila⁷⁴, Leonardo Martins⁷⁵, Luciano Feldens⁷⁶, Lucas Catib de Laurentiis⁷⁷, Virgílio Afonso da Silva⁷⁸ e Wilson Steinmetz⁷⁹. Esses são apenas alguns exemplos.

Com efeito, o que se pode concluir da obra organizada por Köhler e Bauer é a necessidade de que os autores de Direito Privado passem a observar esse fenômeno dentro da sua área de trabalho. O tema é verdadeiramente uma novidade. Veja-se que o livro objeto desta resenha é muito recente, fruto de discussões que se deram em maio de 2022. Uma das obras que mais causou impacto sobre o uso do teste no âmbito privado, de Alexander Tischbirek, também é bastante recente (2017) se considerado o fato de que as discussões sobre a proporcionalidade vêm desde o Direito Policial prussiano⁸⁰. Mais interessante ainda é que Ben Köhler deixa claro a complexidade do tema e que, ao contrário do que se pode esperar, não pretende “oferecer respostas definitivas sobre qual papel a proporcionalidade deve exercer no Direito Privado”⁸¹. Pelo contrário, a obra tem uma característica de provocação, ou seja, de alerta de que o debate precisa ser aprofundado.

Assim, é compreensível que muitos dos textos nem sequer ousem oferecer respostas peremptórias. A multifacetada proporcionalidade mostra-se de uma maneira no âmbito da Propriedade Intelectual; de outro, no Direito Internacional. Cada um dos textos procura demonstrar como esse fenômeno está se desenvolvendo em âmbitos específicos. O desafio é, portanto, a busca pela univocidade conceitual em seu conteúdo no Direito Privado. Se no Direito Público há maior consenso – embora nem de longe possa se afirmar que há um consenso absoluto – sobre as fases do teste, seu âmbito de incidência e sua gramática, no Direito Privado todas essas questões permanecem muito abertas. Esse é o ponto de atenção.

74. ÁVILA, Humberto. Proporcionalidade e direito tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, v. 25, p. 83-103, 2011.

75. MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade? Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Revista da Ajuris*, v. 33, p. 193-234, 2006.

76. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

77. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

78. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

79. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

80. TISCHBIREK, Alexander. *Die verhältnismäßigkeitsprüfung: methodenmigration zwischen öffentlichem recht und privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 22.

81. No original: “to provide definite answers as to which role proportionality should play in private law.” (KÖHLER, Ben. Proportionality in private law: A Primer. In: BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in private law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. p. 14.)

Wittgenstein afirmou que “o filósofo trata uma questão como uma doença”⁸². Tomando a licença para usar essa afirmação em seu sentido literal, tratar uma questão como uma doença é estabelecer uma ordem metodológica: o diagnóstico vem antes que se ministre o fármaco. A obra organizada por Köhler e Bauer tem essa característica: não é um fármaco ao problema da proporcionalidade no Direito Privado; é um diagnóstico.

CONCLUSÃO

Se a produção bibliográfica sobre o uso do teste da proporcionalidade no Direito Privado é escassa em uma perspectiva global, tomando o ponto em uma análise da Dogmática brasileira, tem-se uma virtual inexistência. Como observado, o tema é novo, instigante e cada vez mais necessário, especialmente, em uma época na qual as ações estatais limitadoras de direitos fundamentais são cada vez mais discutidas.

O estudo do teste da proporcionalidade no Direito Privado, portanto, apresenta-se como um tema que deverá ser quantitativamente próspero nos próximos anos. As discussões começam a palpitar com maior intensidade no âmbito europeu. Observada a realidade brasileira, a proporcionalidade e a ponderação já vêm sendo utilizadas pela jurisprudência nos casos de Direito Privado. Por tudo isso, o livro de Köhler e Bauer mostra-se como um convite: é chegada a hora de que a Dogmática comece a dar a sua palavra sobre o problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. Proporcionalidade e direito tributário. *Revista de Direito Tributário Atual*, v. 25, p. 83-103, 2011.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BAUER, Franz; KÖHLER, Ben (Orgs.). *Proportionality in Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

82. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. § 255.

- MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade? Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Revista da Ajuris*, v. 33, p. 193-234, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF. *Repertório IOB de Jurisprudência*, v. 23, p. 469-475, 1994.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, judicial review, and global constitutionalism. In: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (Orgs.). *Reasonableness and law*. Dordrecht: Springer, 2009.
- TISCHBIREK, Alexander. *Die verhältnismäßigkeitsprüfung: methodenmigration zwischen öffentlichem recht und privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- STF, AgRg no RE 771.660/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 23.09.2014, *DJe* 13.11.2014.
- STF, AgRg no RE 777.574/PE, rel. Min. Roberto Barroso, 1.^a T., j. 28.04.2015, *DJe* 22.05.2015.
- STF, RE 18.331, rel. Min. Orozimbo Nonato, *RF* 145, 1953.