XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Aloísio Alencar Bolwerk
Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2019.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi aconteceu em Goiânia, GO, entre os dias 19 e 21 de junho de 2019. Esta foi mais uma oportunidade única para que professores, pensadores e pesquisadores do Direito se reunissem para trocar ideias, aprender e ensinar. O Conpedi se reafirma como um rico e inigualável espaço de convivência livre e plural, onde as mais variadas inquietudes podem ser discutidas abertamente, sem patrulhamento ideológico e com absoluto respeito pela diversidade de opiniões.

O GT Hermenêutica Jurídica, traduzindo o espírito norteador do Conpedi, recebeu autores oriundos de todas as regiões brasileiras, vinculados a instituições públicas e privadas, alguns ainda iniciando seus estudos na pós-graduação, outros já titulados, todos imbuídos do mesmo propósito de questionar, pesquisar e aprender.

Os estudos apresentados se situaram em torno de quatro eixos principais. Uma visão hermenêutica teórica foi trazida pelos artigos 'Reduções e abrangência da hermenêutica jurídica'; 'Hermes é brasileiro: metafísica, hermenêutica jurídica e exceção'; e 'A importância do texto constitucional no processo de positivação de normas'. Em todos, ideias de autores como Gadamer, Agamben e Streck foram usadas com grande desenvoltura, demonstrando amplo domínio e capacidade analítica.

O debate sobre direitos fundamentais permeou os textos 'A hermenêutica dos direitos fundamentais aplicada à liberdade de expressão: a pseudoproporcionalidade na jurisprudência e o porquê de nos afastarmos da mera subsunção'; 'A hermenêutica jurídica na perspectiva da tensa relação entre congresso nacional e supremo tribunal federal para efetivação de direitos fundamentais: ADO 26 e MI 4733 e a criminalização da homotransfobia'; e 'Análise sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em conflito com o princípio da dignidade humana, sob o olhar da hermenêutica jurídica'. Nestes, questões práticas e atuais foram analisadas à luz de teorias interpretativas variadas, em uma rica combinação de escolas de pensamento.

O processo judicial e, em especial, as diversas dúvidas trazidas pelo novo sistema de precedentes incorporado pelo Processo Civil foram contemplados nos artigos 'A força hermenêutica e a vinculação dos precedentes'; 'A hermenêutica isomêmica e a teoria neoinstitucionalista do processo: conjecturas para legitimidade na construção de provimentos

no paradigma do estado democrático de direito'; e 'A contribuição hermenêutica na determinação do limite da discricionariedade nas decisões judiciais'. O papel do Judiciário, as expectativas acerca da atuação dos juízes, o equilíbrio nas relações processuais, são exemplos de diferentes questões práticas diretamente relacionadas à busca por uma decisão justa, este norte que desde sempre se coloca como um desafio a ser perseguido por todos os atores envolvidos nas relações jurídicas.

Por fim, de forma conexa com o eixo temático anterior, a relação entre poderes e o papel do Judiciário é abordado no artigo 'Hermenêutica e jurisdição constitucional: reflexão sobre os paradigmas fundantes das comissões parlamentares de inquérito'.

Uma interessante variedade de temas, todos atuais e fortemente relevantes, esteve presente na reunião do GT Hermenêutica Jurídica e agora está à disposição dos leitores que tiverem acesso a este caderno de anais, que o Conpedi disponibiliza de forma aberta, democratizando o conhecimento jurídico.

Boa leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. Aloisio Alencar Bolwerk - Universidade Federal do Tocantins - UFTO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A PSEUDOPROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA E O PORQUÊ DE NOS AFASTARMOS DA MERA SUBSUNÇÃO

THE HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS APPLIED TO FREEDOM OF EXPRESSION: PSEUDOPROPORCIONALITY IN JURISPRUDENCE AND WHY WE REMOVE THE SUBSUMPTION

Paulo Arthur Germano Rigamonte [1]
Daniel Barile da Silveira

Resumo

Como a jurisprudência brasileira tem encarado as colisões entre liberdade de expressão e direitos da personalidade? Existe racionalidade na hermenêutica à luz da subsunção? Essas perguntas se respondem com a otimização da proporcionalidade em face do método hermenêutico-concretizador. A metodologia resvalou na dialética entre os métodos clássicos de interpretação e os atuais, notadamente o hermenêutico-concretizador, bem como na dedução de casos jurisprudenciais conflituosos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, embasada na doutrina e jurisprudência brasileira, com recortes sobre a tese de doutorado de Cláudio Chequer.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Colisão, Princípio da proporcionalidade, Método hermenêutico-concretizador, Liberdade de expressão

Abstract/Resumen/Résumé

How has Brazilian jurisprudence faced the collisions between freedom of expression and rights of personality? Is there rationality in hermeneutics in the light of subsumption? These questions are answered with the optimization of proportionality in the face of the hermeneutic-concretizing method. The methodology slipped into the dialectic between classical methods of interpretation and current ones, notably the hermeneutic-concretizing, as well as in the deduction of conflicting jurisprudential cases between freedom of expression and rights of personality. We used the technique of bibliographic research, based on Brazilian doctrine and jurisprudence, with clipping about the doctoral thesis of Cláudio Checker.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Collision, Principle of proportionality, Hermeneutic-concretizing method, Freedom of expression

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Marília/SP.

INTRODUÇÃO

Acredita-se que, se fosse possível eleger no direito positivo o elemento que mais sofreu (e ainda sofre) alterações em suas estruturas internas, certamente a hermenêutica jurídica ocuparia o primeiro lugar.

Se antes do giro-linguístico, responsável por migrar a filosofia do conhecimento para a filosofia da linguagem, o objeto era essência em si, cabendo ao sujeito apenas descobrir essa essência pré-existente, após a virada linguística, o conhecimento deixou de ser algo dado para ser algo construído, assim condicionado aos referenciais linguísticos do sujeito.

O grande impacto no direito positivo não se deu apenas em nível infraconstitucional, mas também em nível constitucional, a partir do que a mera subsunção, que reinara com êxito durante a França napoleônica, foi sendo deixada de lado, apesar de não ter sido abandonada por completo. Em seu lugar, mormente no Direito Constitucional, exsurgiram outros métodos revolucionários de interpretação, donde se despontou o hermenêutico-concretizador de Hans-Georg Gadamer e Konrad Hesse.

O método hermenêutico-concretizador fez ressaltar o princípio da concordância prática (ou proporcionalidade) como moldura limitadora da interpretação e capaz de imprimir ao intérprete certa racionalidade que outros métodos igualmente revolucionários não eram capazes de fazer, em especial o tópico-problemático de Theodor Viehweg.

É neste ponto que se aloca a problemática do presente trabalho: quando há conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, o Poder Judiciário tem aplicado qual método de interpretação? Considerando a teoria externa, o Poder Judiciário tem adotado eficientemente o princípio da proporcionalidade em suas decisões? Existe racionalidade em se interpretar colisões entre direitos fundamentais à luz da mera subsunção?

Deveras, será demonstrado, com supedâneo na tese de doutorado de Cláudio Márcio de Carvalho Chequer, complementada com alguns casos atuais na jurisprudência brasileira, que o Poder Judiciário não tem dado a necessária atenção para a interpretação da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade em rota de colisão. Constatar-se-á que o Judiciário, quando muito, realiza uma pseudoponderação, isto é, disfarça uma verdadeira subsunção com a feição de princípio da proporcionalidade.

Ao final, será lançada conclusão a respeito do diagnóstico dessa interpretação e do prognóstico que deve ser tomado à luz do método hermenêutico-concretizador, optando-se por realizar um exercício "passo-a-passo" de como deveria ser a interpretação da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade em rota de colisão.

Quanto à preocupação metodológica, escolheu-se tanto a dialética entre os métodos clássicos de interpretação e os atuais, notadamente o hermenêutico-concretizador, quanto a dedutiva em relação aos estudos de casos jurisprudenciais envolvendo conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Para tanto, foi indispensável a técnica de pesquisa bibliográfica, ora com vislumbre na doutrina (livros e periódicos), ora com esteio na jurisprudência brasileira (representada como corte metodológico em casos do TJMG, TAMG, TJRJ, TJSP, TJRS, TJPR, TJDFT e STJ). Neste último ponto, é de se repisar sobre o amparo na tese de doutorado de Cláudio Márcio de Carvalho Chequer, o que certamente exige uma leitura complementar deste importante texto.

1 A construção da hermenêutica constitucional a partir dos postulados do giro-linguístico aplicados à hermenêutica jurídica

Para compreender melhor a hermenêutica jurídica, consistente na "teoria da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, 1997, p. 1), é preciso fazer alusão ao movimento filosófico do giro-linguístico, evidenciando os aspectos da interpretação antes e depois desse movimento.

Até meados do século XX, reinava a denominada "filosofia da consciência", baseada na ideia de que "o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas" (CARVALHO, 2016, p.13).

Segundo aquela visão, o conhecimento era o resultado da descoberta da essência de determinado objeto, daí porque ontológico. Nutria-se a crença de que todo objeto possuía uma existência em si, imutável e estática, e que a linguagem era tão só o instrumento para a compreensão desse objeto. Assim, "uma proposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo" (CARVALHO, 2016, p. 14).

No Direito, a filosofia do conhecimento resultou na construção dos ensinamentos que compuseram a Escola do Empirismo Exegético, cujo foco recaiu sobre a França do século XIX,

tendo como expoentes Proudhon, Duranton, Melville, Pothier, Bugnet, Demolombe, Laurent, dentre outros. Para esta escola, o direito positivo se identificava por completo com a lei escrita, cujo ideal era o apego do jurista com rigor absoluto ao texto legal, buscando revelar o seu sentido e alcance (DINIZ, 2017).

Os defensores da Escola do Empirismo Exegético eram tidos como assíduos idólatras do Código de Napoleão. Não havia interpretação construtiva da norma, mas apenas sua explicação com o escopo de ressaltar a vontade do legislador. Foi no bojo daquela escola que foram desenvolvidos os métodos clássicos de interpretação do direito positivo, quais sejam: o filológico ou literal, o lógico-sistemático, o histórico e o teleológico.

O silogismo (subsunção) despontou como técnica de interpretação mais adequada, pois atinha-se no texto legal como sua premissa maior a ser aplicada diante dos casos concretos (premissas menores), gerando, pois, os resultados da interpretação. A decisão judicial se resumia numa concepção mecânica, compreendida como um processo de dedução lógica, "de maneira que a função do aplicador não era senão a de subsumir os fatos concretos à determinação abstrata da lei" (DINIZ, 2017, p. 68).

Se antes do giro-linguístico na filosofia da comunicação "o sentido era algo dado, contido no texto, mas escondido na sua implicitude, sendo a função do intérprete exteriorizá-lo" (CARVALHO, 2016, p. 236), com a mudança do paradigma da filosofia do conhecimento para o da filosofia da linguagem, os objetos se afastam de um significado ontológico, vale dizer, "o conteúdo dos textos deixa de ser algo dado, preexistente, para se tornar algo construído e vinculado aos referenciais do intérprete" (CARVALHO, 2016, p. 236).

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho esclarece que "segundo os padrões da moderna Ciência da Linguagem, o sujeito do conhecimento não extrai ou descobre o sentido que se acha oculto no texto", pelo contrário, "ele o constrói em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu mundo, vale dizer, do seu universo de linguagem" (2008, p. 192).

Sob a perspectiva do Construtivismo Lógico-Semântico, afirma-se que é o intérprete quem constrói e lapida o conteúdo de uma lei, pois "o texto (em sentido estrito) é significativo, mas não contém, em si mesmo, significações (seu conteúdo) [...], construídas na mente daquele que interpreta o suporte físico" (CARVALHO, 2016, p. 237).

Com efeito, tem-se, atualmente, uma hermenêutica jurídica dissociada dos clássicos métodos de interpretação, o que, entretanto, não significa que devam ser eles jogados à míngua do direito positivo. Não são os métodos clássicos de interpretação inúteis ao intérprete e aplicador do direito, guardando cada qual uma singular importância, mormente quando se trata de interpretar normas infraconstitucionais.

Deveras, a interpretação da Constituição Federal, dada sua classificação como constituição semântica e analítica, exige uma diversidade de métodos capazes de se afastar da literalidade de seu texto e da vaga ideia da vontade do legislador, partindo em busca de uma releitura dos métodos sistemático e histórico, os quais, apesar de clássicos, guardam importância ímpar na hermenêutica constitucional.

O grande salto no direito positivo após o giro-linguístico pôde ser notado, ainda com maior evidência, na hermenêutica constitucional, donde exsurgiram-se métodos modernos de interpretação, assim simplificados por Uadi Lammêgo Bulos (2018) como: tópico-problemático (Theodor Viehweg); hermenêutico-concretizador (Hans-Georg Gadamer e Konrad Hesse); científico-espiritual (Rudolf Smend); normativo-estruturante (Friedrich Muller) e o comparativo (Peter Haberle).

Esses novos métodos de interpretação tiveram prestigiada notabilidade porque, considerando as constituições como sistemas abertos de regras e princípios, buscam o melhor de uma interpretação elástica e flexível, coadunando-se com o conteúdo e o alcance dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

É nesse ponto que se destaca um dos mais importantes princípios de interpretação constitucional, qual seja: o princípio da concordância prática (ou harmonização). Uadi Lammêgo Bulos (2018) disserta sobre a importância que este princípio guarda nos ordenamentos que possuem constituições analíticas, em especial o brasileiro de 1988, haja vista servir para dirimir e resolver eventuais colisões entre direitos fundamentais.

Assim, “pela concordância prática, a norma, examinada separadamente do fato, já não desfruta o prestígio de outrora. É preciso que o intérprete analise o preceito à luz do fato com o qual ele interage, procurando entrelaçar o comando jurídico à realidade social” (BULOS, 2018, p. 460). Aliás, para Paulo Armínio Tavares Buechele (1999, p. 104), “este princípio relaciona-

se intimamente com o princípio da proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional".

Seja como for, é o princípio da concordância prática (ou da proporcionalidade ou harmonização) a pedra angular de interpretação dos direitos fundamentais, haja vista serem estes classificados, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2018), ora como normas de alta densidade normativa, ora como normas de baixa densidade normativa, servindo como norteador tanto para a formulação de conformações e restrições a direitos fundamentais quanto para a solução de *hard cases* envolvendo a colisão entre eles (MENDES, 2000).

Por fim, vale rememorar, dispensando maiores divagações acerca do tema, dada a massiva construção doutrinária que o circunda e ao estreito espaço reservado neste trabalho, os elementos que compõem o princípio da proporcionalidade: (i) a adequação ou conformidade, que condiz com a viabilidade ou idoneidade técnica da medida restritiva em alcançar o fim almejado; (ii) a necessidade, ou seja, a opção pela medida menos restritiva, que consiste em examinar a igualdade de adequação dos meios e se os meios alternativos restringem em menor medida o direito; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, que exige um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados (BONAVIDES, 1997). Um outro pressuposto, ainda, pode ser observado através da exigência de que toda restrição deve ter uma justificação constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

O próximo passo, portanto, é discorrer brevemente sobre o direito fundamental-chave desta pesquisa: a liberdade de expressão; ocasião em que há de se ressaltar o porquê que a mera subsunção, que em diversos julgados ficou disfarçada como "princípio da proporcionalidade", não serve de amparo para o referido direito, sobretudo quando em rota de colisão com outro igualmente fundamental.

2 O discurso da liberdade de expressão, seus fundamentos e eventuais colisões com outros direitos igualmente fundamentais

A doutrina costuma reiterar o entendimento de que o direito à liberdade de expressão em sentido amplo abrange "tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação" (CHEQUER, 2010, p. 21). A primeira consiste no direito de divulgar ideias, opiniões e pensamentos, bem como no direito de conhecer ideias, opiniões e pensamentos

vertidos por terceiros. A segunda, por sua vez, consiste nos direitos de divulgar fatos e notícias e de conhecê-los.

Outra definição de relevo é aquela que circunda a liberdade de imprensa, assim entendida como uma das "formas de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (ideais, pensamentos etc.)" (CHEQUER, 2010, p. 26).

No que diz respeito aos fundamentos da liberdade de expressão, ou melhor dizendo, às qualidades que emprestam à liberdade de expressão espaço como direito fundamental nas várias constituições atuais, Eric Barendt (2005), em sua obra como um todo, acrescenta quatro argumentos: (i) é um fim em si mesma ao garantir a autossatisfação individual (*self-fulfiment*); (ii) é um instrumento vocacionado à busca da verdade; (iii) é um meio que viabiliza a participação popular na democracia; (iv) é um elemento utilizado pelos governos para legitimá-los.

Dentre todos os argumentos trazidos por Eric Barendt, apesar de não ser razoável falar numa hierarquia de valores entre eles, parcela considerável da doutrina estrangeira (Owen Fiss, Alexander Meiklejohn, Frederick Schauer, Spinoza, dentre outros), acompanhada da jurisprudência do direito comparado (Suprema Corte dos EUA, Tribunal Constitucional da Alemanha, Tribunal Constitucional da Espanha e a *House Of Lords* na Inglaterra), têm-se utilizado do argumento de que a liberdade de expressão representa uma forma de garantia da democracia como ponto de partida para teses que sustentam uma posição preferencial *prima facie* desse direito frente aos demais, tais como a *actual malice*, a tese da reportagem neutra, e os padrões de defesa *Reynolds* (Inglaterra) e *Lange* (Austrália) (CHEQUER, 2010).

A citadas teses de defesa da liberdade de expressão indicam a provável existência de colisões concretas entre este direito e os direitos da personalidade, exigindo-se, pois, compreender os limites que circundam a manifestação do pensamento ou de fatos. É por isso que, neste bojo, é preciso mencionar acerca da existência de duas teorias que disputam espaço sobre os limites dos direitos fundamentais: a interna e a externa.

Através da teoria externa das limitações aos direitos fundamentais, sustenta-se que "existe, inicialmente, um direito propriamente dito, não limitado, que, com a imposição de

restrições, se converte num direito limitado" (MENDES, 2000, p. 224). Assim, o direito fundamental é abstratamente (*prima facie*) ilimitado:

> A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude de proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão: o que é protegido *prima facie*? Segue o mesmo caráter aberto. Exemplo: o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento (Constituição, art. 5º, IV)? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário. O mesmo vale para todos os direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 35).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 411) registra que os direitos fundamentais "podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição". Ademais, inclui uma terceira possibilidade de restrição, qual seja: aquela estabelecida "por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador" (SARLET, 2018, p. 411).

Destarte, pela teoria externa das limitações dos direitos fundamentais não se fala em limitações imanentes, como sustenta a teoria interna. Na teoria externa, o direito em abstrato é ilimitado, incondicionado. Toda e qualquer limitação ao direito, na teoria externa, só pode ter lugar fora dele, seja oriunda da própria Constituição Federal, seja advinda da legislação infraconstitucional ou, ainda, extraída de conflitos entre direitos fundamentais. Somente é viável falar em colisão entre direitos fundamentais quando adotada a teoria externa, já que, pela teoria interna, os direitos fundamentais estão prontos e acabados no ordenamento jurídico, não havendo qualquer colisão entre eles, já que seus limites foram pré-estabelecidos.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 225), em alusão a uma conferência proferida por Robert Alexy no Rio de Janeiro em 10 de dezembro de 1998, traz um trecho dela na acepção de que "as colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas, segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação", complementando que "a forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção".

A importância da lição acima é traçar a clara linha entre os conflitos de direitos fundamentais, que devem ser resolvidos pela ponderação, tal como nos princípios, e os conflitos de regras, resolvidos pela subsunção. O mesmo se diz em relação à aplicação de direitos fundamentais e das regras, devendo seguir, respectivamente, a ponderação e a subsunção.

Portanto, é a partir desta distinção que se torna possível analisar como a jurisprudência pátria tem decidido *hard cases* envolvendo a liberdade de expressão.

2.1 A jurisprudência brasileira sobre a liberdade de expressão e a pseudoproporcionalidade em seus julgados

Debruçar-se-á, agora, sobre a tarefa de traçar as nuances problemáticas de como este direito tem sido interpretado pela jurisprudência brasileira, o que é feito com esteio do supracitado Cláudio Márcio de Carvalho Chequer. Logicamente, cópia não se fará do nobríssimo autor, buscando-se apenas dar enfoque à dissonância da aplicação do princípio da proporcionalidade em vista do mero silogismo ou subsunção, a fim de ressaltar a importância que os novos métodos hermenêuticos constitucionais assumem (ou pelo menos devem assumir).

Em sua pesquisa de doutorado, Cláudio Márcio de Carvalho Chequer traça um panorama de decisões do TJMG, TAMG, TJRJ, TJSP, TJRS, TJPR, TJDFT e STJ sobre a liberdade de expressão. A partir deste ponto, ele conclui que, em se tratando de conflitos posteriores entre a liberdade de expressão em sentido amplo e os direitos da personalidade:

> [...] a maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, dos fundamentos das decisões [...] os julgados têm adotado uma premissa completamente falsa – a premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade [...]. Se atingir os direitos da personalidade, em qualquer nível, ainda que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, não interessa o motivo, é ilícita. Nesse caso, se a manifestação da liberdade for culposa ou dolos, gera indenização (CHEQUER, 2010, p. 205).

Como amostra dos julgados trazidos pelo autor, vale citar a Apelação Cível nº 70005119748, da 10ª Câmara Cível do TJRS, cujo relator foi o Des. Luís Ary Vessini de Lima, publicada em 18 de dezembro de 2003. Com relação aos fatos, remete-se o leitor ao inteiro teor do acórdão, melhor descrito nas referências. Ainda assim, é válida a transcrição de alguns trechos do acórdão:

> [...] não se discute o direito de o Estado indicar, acusar e punir os autores de delitos. Mas a imprensa, como não está investida dessas atribuições, até poderá repercutir tais ações, mas não poderá eximir-se de responsabilidade quando, não confirmada a suspeita, restar atingida a honra daquele que for alvo de sua notícia [...]. É evidente que tal não se aplica ao órgão de comunicação. Este, ao tornar pública uma suspeita, mesmo que oriunda de procedimento oficial, a toda evidência, assume o risco de causar dano ao acusado, caso esse venha a ser absolvido judicialmente. É que a imprensa, por mais importante que seja para a estabilidade de um regime democrático, não tem o poder de acusar alguém da prática de crime, julgá-lo instantaneamente e condená-lo à execração pública [...].

Infere-se do julgado acima que o TJRS, assim como os demais tribunais citados por Cláudio Márcio de Carvalho Chequer, procede a um exercício de pseudoproporcionalidade diante da existência de conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Entretanto, para que se dê mais credibilidade ao presente trabalho e à tese do supracitado autor, vale trazer à baila alguns julgados atuais sobre o tema, o que se faz a seguir.

Na Apelação Cível nº 0031336-33.2012.8.13.0432, da 14ª Câmara Cível do TJMG, relatada pela Des. Cláudia Maia, superandos os fatos, ficou nítido que não houve qualquer aplicação concreta do princípio da ponderação, apesar dele ter sido citado e definido no acórdão. Pelo contrário, o que se pôde notar é que a relatora fez toda uma construção doutrinária acerca da liberdade de expressão para, num segundo momento, repentina e imediatamente, decidir:

> No caso em tela, concluo que as rés cometeram excessos, pois, sob o pretexto de se tratar de esclarecimento e pedido de desculpas ao público, lançaram denúncias de ordem pessoal direcionadas ao autor, acusando-o de agir arbitrariamente, de desconhecer a lei e de agir de forma covarde por ter se escondido atrás de um balcão. A narrativa veiculada extrapola o direito de crítica, assegurado pelo ordenamento constitucional pátrio, pois, da forma como foi perpetrada pelas rés, se extrai a intenção de difamar o autor, o que configura a hipótese prevista no art. 187 do Código Civil, consubstanciada no abuso de direito.

Noutro julgado, agora a Apelação Cível de nº 0008153-48.2011.8.19.0061, da 6ª Câmara Cível do TJRJ, cuja relatora foi a Des. Teresa Andrade, ficou evidente novamente a menção clara acerca do princípio da proporcionalidade e a colisão entre liberdade de expressão e honra e imagem, porém sem qualquer exercício de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

> Como dito, tratar-se-ia tão somente de aparente conflito, já que o princípio da unidade da Constituição impõe a convivência harmônica de todas normas e princípios por esta tutelados, o que implica na necessidade de um ajustamento dos valores em contraposição, por meio da ponderação dos interesses contrapostos, de modo que através de uma interpretação axiológica da Carta Constitucional, busque-se a proteção de ambos os bens tutelados, sob uma ótica não mais puramente individualista, mas em atenção à função mais social dos institutos.

Acontece que, imediatamente após a dissertação acerca da ponderação de valores, o desembargador, fazendo alusão aos fatos, subsume-os aos dispositivos constitucionais protetores dos direitos da personalidade e conclui pela responsabilidade da ré com fulcro no art. 927 do Código Civil.

No âmbito do TJSP, o acórdão proferido na Apelação Cível de nº 1000347-65.2017.8.26.0472, relatoria do Des. Rodolfo Pellizari, deu preferência ao direito à privacidade

das autoras em detrimento da liberdade de expressão, ocasião na qual sequer houve menção, ainda que formal, ao princípio da proporcionalidade, tratando o direito à liberdade de expressão como simples regra do ordenamento jurídico, subsumindo-se os fatos aos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

Seja como for, não se busca, até pela falta de espaço, criticar o conteúdo e o resultado prático dos acórdãos supracitados, somenos estender a pesquisa para outros julgados. A questão a que se debruçam os olhares é a de que os julgados envolvendo conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade citam a necessária ponderação de princípios através da proporcionalidade, porém não a realizam efetivamente.

Deveras, a preocupação da presente pesquisa não é no sentido de decidir em prol ou a favor da liberdade de expressão, ou ainda, de sustentar uma posição preferencial *prima facie* em relação a este direito, apesar da concordância de que o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de absorver perfeitamente tal postulado (CHEQUER, 2010); mas sim de demonstrar que os tribunais nacionais[1], em que pese reconhecerem o princípio da proporcionalidade (ou concordância prática) como solução para a colisão entre direitos fundamentais, deixam de aplica-lo em nome de uma mera subsunção disfarçada.

Isso acontece porque os tribunais saltam da análise dos fatos diretamente para o enquadramento legal da responsabilidade civil, sem considerar que uma manifestação de opinião ou de fatos "pode" violar direitos da personalidade, não necessariamente configurando um ato ilícito.

Com efeito, quando se fala em ilícito envolvendo o conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, deve-se analisar, antes de subsumir o fato à norma de responsabilidade civil ou criminal, se a manifestação da opinião ou dos fatos é ou não é proporcional (adequada, necessária e razoável) em relação à violação do direito da personalidade em apreço.

Muito pelo contrário, os tribunais não têm enxergado que, ao relacionarem uma manifestação violadora de direitos da personalidade diretamente a um dispositivo do Código

[1] Ao menos aqueles trazidos por Cláudio Márcio de Carvalho Chequer e os que foram pesquisados neste trabalho especificamente, com exceção do Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação acerca da colisão entre liberdade de expressão e direitos fundamentais exige pesquisa mais aprofundada.

Civil (ou qualquer que seja a lei), eles não estão efetivamente aplicando o princípio da proporcionalidade, mas tão somente realizando a subsunção, duramente criticada pelas escolas sucessoras ao Empirismo Exegético.

Noutras palavras, os tribunais têm tratado o direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo como simples regra do ordenamento jurídico, buscando tipificar os excessos diretamente sob os auspícios do Código Civil ou, ainda, do Código Penal (calúnia, injúria e difamação).

Portanto, questão urgente que se coloca é a de que os tribunais deixem de interpretar a liberdade de expressão através de meras subsunções, utilizando-se dos métodos clássicos de hermenêutica jurídica, e passem a adotar outros métodos compatíveis com a densidade principiológica dos direitos fundamentais, a exemplo do hermenêutico-concretizador.

3 Do necessário abandono da subsunção em prol do método hermenêutico-concretizador: uma análise voltada aos conflitos envolvendo liberdade de expressão e direitos da personalidade

O método hermenêutico-concretizador foi desenvolvido pelos teóricos Hans-Georg Gadamer e Konrad Hesse, servindo como uma forma de adaptação dos métodos clássicos de interpretação às normas constitucionais que exigem especialidade. A propósito, Alexandre Issa Kimura (2003) sintetiza os argumentos justificadores desta especialidade de interpretação como sendo a inicialidade fundante da Constituição, o conteúdo político das normas constitucionais, e a estrutura da linguagem constitucional.

Do mesmo raciocínio compartilham Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique (2005, p. 302), diferenciando a interpretação constitucional nos seguintes moldes:

> [...] a interpretação da Constituição não é tarefa das mais fáceis, pois apresenta certas dimensões que a diferenciam da interpretação das demais leis e devido ao caráter singular pelo qual é criada a Constituição e o que ela representa para um Estado [...]. Dentre as peculiaridades que ensejam um tratamento diferenciado para uma atividade interpretativa da Constituição, indica-se a posição destacada das normas constitucionais, visto que inauguram o ordenamento jurídico estatal, na sua formação emprega-se normalmente uma linguagem mais sintética, marcada ela presença abundante de princípios em lugar de regras, além de dar margem a uma jurisdição constitucional. Outro dado importante é que a Constituição contém normas de caráter aberto que permitem sua atualização e são capazes de renovar constantemente a ordem jurídica para comportar dentro dos limites por ela traçados às mudanças operadas na sociedade [...].

Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 456), atento ao fato de que os métodos clássicos de hermenêutica jurídica se satisfazem com a mera subsunção, critica-os no sentido de que, através deles, "o juiz só reconhece o conteúdo preexistente na norma, sem ir adiante; mesmo se for preciso, ele não constrói uma solução jurídica para o caso concreto", arrematando, pois, que "a exegese clássica das normas constitucionais, útil em diversas situações, não satisfaz totalmente os reclamos de justiça, a ponto de solver a unanimidade dos problemas interpretativos das constituições contemporâneas".

Nesse aspecto:

> [...] os métodos convencionais nem sempre realizam a vontade da constituição. Aplicados no bojo do silogismo tradicional, em que o juiz subsume os fatos à norma, não prestigiam os processos abertos de argumentação, porque surgiram numa época em que as constituições não eram com as de hoje: grandes, repetitivas, cheias de detalhes e valores conflitivos, muitos dos quais impróprios para documentos supremos que se pretendem duradouros. Quando foram criados, no século XIX, a necessidades eram outras. Não se falava, por exemplo, em teoria da argumentação na exegese jurídica, ponderação de valores, dimensão principiológica das constituições, optimização, filtragem constitucional etc. (BULOS, 2018, p. 456).

Daí a necessidade vindoura de novos métodos de interpretação constitucional, a fim dar vazão à complexidade que as normas constitucionais, sobretudo aquelas veiculadoras de direitos fundamentais, representam na sociedade atual.

Esses métodos novatos ou evoluídos de hermenêutica constitucional precisam coadunar com o princípio da ponderação de valores, que se distingue da exegese tradicional, já que, "pelo silogismo clássico, não seria possível saber quais desses bens [direitos fundamentais em conflitos] devem prevalecer" (BULOS, 2018, p. 465). Não por outro motivo, Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique (2005, p. 303) acrescentam que "os métodos hermenêuticos tradicionais desde algum tempo vêm mostrando insuficiência no atendimento das necessidades impostas pelas mudanças ocorridas com o desenvolvimento da sociedade e do Direito Constitucional".

Uadi Lammêgo Bulos (2018) traça as diferenças entre a interpretação clássica e a interpretação moderna, sustentando que, pela exegese tradicional, bastam o exame da norma e a análise do fato, resultando na decisão (sentença ou acórdão). Já pela técnica de ponderação, é preciso que haja uma soma entre a identificação dos bens em conflito, o exame conjunto das circunstâncias concretas e normas aplicáveis, a apuração dos pesos que devem ser atribuídos a cada um dos bens e a escolha da norma preponderante, resultando igualmente na decisão. Por

fim, conclui o autor que a utilização da técnica da ponderação exige um exercício mais demorado e complexo que a exegese convencional.

Diante dessa constatação acerca das limitações da hermenêutica tradicional, sobretudo impulsionada pelas críticas dos alemães, exigiu-se a construção de uma nova hermenêutica direcionada a dar resposta aos aspectos atuais da sociedade, a qual, construída a partir da tópica, levou à formulação do método hermenêutico-concretizador (GUERRA; EMERIQUE, 2005).

Antes, contudo, de tratar sobre o método hermenêutico-concretizador, é preciso fixar as fases de interpretação, tomando-se por base os ensinamentos de Vicente Raó (1999, pp. 63 e 457): "diagnóstico do fato, diagnóstico jurídico ou qualificação jurídica, críticas formal e substancial, processos hermenêuticos e aplicação teórica ou prática da conclusão ao fato". A primeira fase vislumbra descrever os fatos e seus elementos probatórios. A segunda, visa identificar as normas jurídicas aplicáveis aos fatos. A terceira, busca analisar a autenticidade, a validade, a vigência e a eficácia dessas normas. Na quarta fase, o intérprete elege o método de hermenêutica aplicável. Por fim, constrói ele sua compreensão decorrente dos fatos.

O método hermenêutico-concretizador tem como objetivo concretizar uma norma constitucional (GUERRA; EMERIQUE, 2005). José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.127) explica que:

> [...] concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais, A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta (norma jurídica), que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.

Ademais, complementa lecionando que "densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos" (CANOTILHO, 2003, p. 1.127).

O método hermenêutico-concretizador guarda certa semelhança ao método tópico de Theodor Viehweg, haja vista considerar as pré-compreensões do intérprete e o problema casuístico elementos indispensáveis à concretização da norma constitucional. Entretanto, com ele não se confunde, notadamente porque, no método hermenêutico-concretizador, não se tem no problema o ponto de partida do intérprete, mas sim na norma jurídica aplicável. Se, de um

lado, a interpretação tópica se orienta a partir do problema, de outro, a interpretação concretizadora se orienta e se limita pela norma (GUERRA; EMERIQUE, 2005).

Resumidamente, são enxergados três elementos que, unidos, formam o método hermenêutico-concretizador, a saber: (i) o programa normativo (texto da norma); (ii) o âmbito normativo (realidade social ou problema casuístico cuja interpretação se volta a solucionar); (iii) pré-compreensões do intérprete (GUERRA; EMERIQUE, 2005; KIMURA, 2003).

Destarte, o intérprete parte do programa normativo[2] e, atento ao domínio ou âmbito normativo (realidade social ou problema casuístico), concretiza a norma constitucional, não se afastando de suas pré-compreensões. De fácil percepção, pois, que o método hermenêutico-concretizador é um resultado do momento pós-giro-linguístico retratado no primeiro capítulo, eis que tem o texto legal como ponto de partida, porém, sem se prender a ele, busca a resolução de problemas concretos considerando as pré-compreensões do intérprete.

Os métodos clássicos de interpretação "são não inválidos, mas são insuficientes para enfrentar a interpretação das normas abertas" (GUERRA; EMERIQUE, 2005, p. 313). Estes métodos, portanto, devem ser utilizados restritamente no ponto de partida do intérprete, qual seja, na norma jurídica, porém se tornam insuficientes a partir do momento em que é preciso incorporar "as circunstâncias da realidade que essa norma procura regular", eis que "a mera interpretação do texto não proporciona uma concretização suficientemente exata do mesmo" (GUERRA; EMERIQUE, 2005, p. 315).

Diferentemente do método tópico de Theodor Viehweg, o método hermenêutico-concretizador parte da norma jurídica para o problema casuístico, o que implica dizer que é o texto normativo um dos limites a ser observado pelo intérprete. Outro limite colocado à questão, e oriundo do reconhecimento de que "a racionalidade total não é completamente possível no direito constitucional" (GUERRA; EMERIQUE, 2005, p. 316)[3] – e, responsável, pois, por

[2] Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique (2005, p. 318), com supedâneo nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, asseveram que, "embora sendo o texto constitucional o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional, ele não contém já a decisão do problema" devendo "ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema a ser solucionado".

[3] A falta de racionalidade é ainda maior no método tópico de interpretação, haja vista que "o juiz soluciona o caso concreto por meio da intuição e não por uma inferência lógico-silogística. Decide o magistrado pela sua convicção e não por um raciocínio, que é articulado pelo poder judicante, depois da intuição, para redigir os considerandos ou fundamentos jurídicos de sua sentença, passando a observar normas, costumes, princípios que possam ser úteis, com o escopo de eleger entre essas realidades jurídicas aquela que, em sua opinião, justifique o resultado que deseja, por estima-lo justo" (DINIZ, 2017, p. 517). Daí porque sustentar a ideia de que a tópica é mais adequada

conferir certa dose de racionalidade e previsibilidade na interpretação – constitui-se através dos princípios de interpretação constitucional, dentre os quais se situa o princípio da concordância prática (ou proporcionalidade). Portanto, o método de interpretação proposto por Konrad Hesse precisa necessariamente se orientar pelos princípios de interpretação constitucional e pelo próprio texto normativo.

Pois bem, apenas neste momento torna-se possível diagnosticar o problema que é a falsa utilização do princípio da proporcionalidade em grande parte dos julgados envolvendo a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Cuida-se de um problema racional nas decisões. Ora, se o julgador mais se utiliza de uma subsunção do que do princípio da proporcionalidade, certamente ele deixa de expor às minúcias quais argumentos sopesaram para que fosse tomada sua decisão.

Em verdade, o juiz intérprete, dando maior ênfase à mera subsunção da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade, neutraliza a racionalidade de seu julgado e conduz a interpretação de um direito fundamental para uma *topoi*, isto é, para um lugar-comum onde podem ser aceitos todo e qualquer tipo de argumento. O óbice para tanto é a crescente necessidade que os direitos fundamentais, assim como as demais normas constitucionais, têm de ser interpretados de modo específico.

É nesse contexto, aliás, que Peter Haberle sustenta que, quando se trata de interpretar direitos fundamentais numa sociedade aberta de intérpretes da constituição, é preciso introduzir "uma interpretação orientada pela democracia partidária, a doutrina de formação profissional, a adoção de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou de sua atividade pública ou da interpretação da chamada liberdade de coalização" (HABERLE, 1997, p. 16-17).

Destarte, o prognóstico que se pretende traçar é a indispensável utilização do método hermenêutico-concretizador sempre que se estiver diante de conflitos entre direitos fundamentais, buscando-se, mormente diante da colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, construir o perfil completo do princípio da proporcionalidade.

---

para a solução de antinomias entre regras infraconstitucionais, ou ainda, de lacunas, do que entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

Com efeito, quando se fala em colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, é preciso, em primeiro lugar, descrever os fatos concretos, isto é, o problema para o qual o juiz se volta a resolver.

Em um segundo momento, é preciso identificar os direitos conflitantes, os quais são, necessariamente, fundamentais: de um lado, os arts. 5º, IV (direito à liberdade de expressão em sentido estrito) e 220, *caput* (liberdade de expressão em sentido amplo); de outro, o art. 5º, X (direito à inviolabilidade dos direitos da personalidade).

Em terceiro lugar, o julgador precisa eleger um método adequado à interpretação de normas constitucionais, sobretudo em relação às normas de direitos fundamentais. Neste ponto, é necessário dogmatizar que a subsunção, por refletir métodos clássicos de interpretação, não é o caminho mais apropriado, daí porque a escolha pelo método hermenêutico-concretizador, que visa densificar um direito fundamental em maior medida do que o outro.

É exatamente na terceira fase da interpretação que o intérprete deve aplicar eficientemente o princípio da proporcionalidade, exarando o porquê se deu a escolha pela prevalência *in concreto* de determinado direito (seja a liberdade de expressão, seja um direito da personalidade) naquele caso.

Por fim, apenas depois de ponderar qual direito fundamental é mais relevante e que deve prevalecer naquele caso, é que o julgador está autorizado a definir a responsabilidade civil ou criminal da parte violadora. Este é o momento adequado para verificar a aplicação dos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil, ou ainda, dos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. Antes, porém, é preciso efetivar o princípio da ponderação de valores, o que somente se dá com a utilização do método hermenêutico-concretizador.

Enfim, não se pode olvidar que o método desenvolvido por Konrad Hesse se coaduna com o âmbito normativo dos direitos fundamentais, que ora pode ser mais extenso, ora pode ser mais tímido. Em verdade, um direito fundamental é como a "água", podendo assumir formas distintas a depender a fôrma ocupada; contudo, é preciso ter consciência de que quem constrói esta fôrma é o intérprete, cabendo a ele eleger a que melhor se adaptar ao conteúdo já pré-existente do direito em questão.

CONCLUSÕES

1. O giro-linguístico, com a mudança de paradigmas entre a filosofia do conhecimento e a filosofia da linguagem, impactou o direito positivo em duas vertentes: no âmbito das normas infraconstitucionais, levou ao abandono de alguns métodos clássicos (embora não todos eles), tais como o literal e o teleológico subjetivo (vontade do legislador); no âmbito das normas constitucionais, levou ao surgimento de novos métodos de interpretação, tal como o hermenêutico-concretizador.

2. A subsunção não é um método de interpretação clássico, mas uma técnica de interpretação com base nestes métodos. Apesar de não ser adequada às normas constitucionais, haja vista exigirem critérios especiais de interpretação, a subsunção permanece aplicável às demais normas do ordenamento jurídico.

3. O direito fundamental à liberdade de expressão, visto sob a perspectiva da teoria externa, é passível de limitações, donde há que se destacar aquelas oriundas da colisão com os direitos da personalidade. Assim, elege-se o princípio da concordância prática (ou proporcionalidade) como instrumento de leitura para as colisões entre direitos fundamentais, o qual se coaduna perfeitamente com a teoria externa, e não com a interna.

4. Com base no estudo jurisprudencial de Cláudio Márcio de Carvalho Chequer, também sob o olha de uma pesquisa recente, conclui-se que a jurisprudência brasileira insiste em julgar conflitos envolvendo liberdade de expressão e direitos da personalidade com supedâneo na subsunção, ainda que disfarçada pelo uso de uma pseudoproporcionalidade.

5. O diagnóstico da falsa proporcionalidade encontra amparo prognóstico na utilização do método hermenêutico-concretizador, o qual exige, a fim de imprimir racionalidade à interpretação do Poder Judiciário, a aplicação eficiente do princípio da concordância prática (ou proporcionalidade).

6. A simples leitura dos fatos conflitosos envolvendo liberdade de expressão e direitos da personalidade, com a imediata subsunção aos dispositivos infraconstitucionais consagradores da responsabilidade civil e penal, é insuficiente para concretizar e densificar o conteúdo destes direitos, já que deixa nas mãos do juiz intérprete o poder de qualificar um direito fundamental como sendo um *topoi*, isto é, um lugar-comum onde terá êxito aquele que melhor argumentar.

7. Por fim, não se descarta a tópica como instrumento de argumentação, mas apenas se busca limitá-las às antinomias e lacunas infraconstitucionais. Em tema de direitos fundamentais, contudo, é preciso eleger o método hermenêutico-concretizador, haja vista ser adequado tanto ao caráter aberto das normas constitucionais quanto à racionalidade em decidir sobre elas.

REFERÊNCIAS

BARENDT, Eric. *Freedom of peech*. 2. ed. New York: Com-Art-USP, 1990.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curto de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

CHEQUER, Cláudio Márcio de Carvalho. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_680b8ac0fee2cd6619f596432540adb4. Acesso em: 30 nov. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Hermenêutica dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, p. 295-331, dez. 2005. Disponível em: http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf. Acesso em: 02 dez. 2018.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad.: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KIMURA, Alexandre Issa. Hermenêutica e interpretação constitucional. Revista Jurídica 9 de Julho, São Paulo, n. 2, p. 159-181, 2003. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=499. Acesso em: 01 dez. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-313.

RAÓ, Vicente. O direito e avida dos direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em:

https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 dez. 2018.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 0031336-33.2012.8.13.0432. 14. Câmara de Direito Civil. Relator Cláudia Maia. 12 de novembro de 2018. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=7974880EC5F6068A0D2E901A622DD1B1.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0031336-33.2012.8.13.0432&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 2 dez. 2018.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0008153-48.2011.8.19.0061. 6. Câmara Cível. Relator Teresa Andrade. 5 de dezembro de 2013. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300135468. Acesso em: 2 dez. 2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70005119748. 10. Câmara Cível. Relator Luís Ary Vessini de Lima. 18 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70005119748.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 1 dez. 2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1000347-65.2017.8.26.0472. 6. Câmara de Direito Privado. Relator Rodolfo Pellizari. 23 de novembro de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12019887&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c86f05bd45c84988beb7320d3cca5962&vlCaptcha=surq&novoVlCaptcha=. Acesso em: 2 dez. 2018.