

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ARTHUR FAGUNDES SILVA

**CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS À LUZ DO MODELO DE
PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY – ANÁLISE DA
TÉCNICA DE PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE
CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
DIREITO À HONRA**

VITÓRIA

2018

ARTHUR FAGUNDES SILVA

**CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS À LUZ DO MODELO DE
PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY – ANÁLISE DA
TÉCNICA DE PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE
CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
DIREITO À HONRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de
Vitória – FDV, como requisito para
conclusão para grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof.^o Alexandre Maia

VITÓRIA

2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	6
2 O DIREITO À HONRA.....	10
3 REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY.....	14
4 O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À HONRA.....	18
CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS.....	29

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de análise a colisão de princípios entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, a partir do estudo da teoria de princípios de Robert Alexy. Inicialmente, será abordado a temática dos direitos em questão, sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e sua tutela. Posteriormente, será explicada a teoria de regras e princípios proposta pelo autor em destaque, em seguida, será analisado o conflito entre tais direitos, com a finalidade de se demonstrar a utilização da técnica de ponderação como solução adequada e proporcional para a colisão destes direitos. Portanto, a finalidade é chegar a esta solução sem prejudicar o ordenamento jurídico e a Constituição vigente.

Palavras-chave: Teoria dos princípios; Liberdade de expressão; Direito à honra
Colisão de Princípios; Ponderação; Proporcionalidade; Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 positivou vários direitos e garantias em seu texto normativo, possibilitando aos cidadãos uma segurança jurídica perante às ações abusivas de um modelo de Estado outrora supressor de direitos fundamentais.

Houve no período histórico precedente à promulgação da Constituição de 1988, um conturbado momento histórico, que pela atuação incisiva dos militares para com o combate a movimentos terroristas no Regime Militar, houve um abusivo e autoritário regime de poder que buscou limitar garantias individuais com o intuito de minguar estes movimentos, refletindo não apenas nestes, mas também na sociedade como um todo.

Neste aspecto, é de se esperar que com a intervenção da nova Constituição pós-regime, a vasta gama de direitos fundamentais previstas nesta, justificada por uma atuação hoje garantista dos tribunais a fim de se fazer valer o texto constitucional, outrora suprimido por questões ideológicas em constituições anteriores.

Esta preocupação com as garantias individuais refletiu conseqüentemente na atuação do poder Judiciário, este que passou a ser mais ativo em relação a períodos históricos anteriores ao de 1988, ampliando e popularizando o poder Judiciário. Nesta temática, ocorre que em diversos momentos da vida cidadã, o conflito entre direitos fundamentais se mostrarão presentes em determinado momento, tendo em vista que a gama de direitos fundamentais previstos na Constituição poderão entrar em choque naturalmente em determinado caso concreto.

Assim sendo, a teoria que será utilizada nesta obra, a de ponderação de princípios na teoria de Robert Alexy, jurista alemão, defende que deva haver uma análise ponderada entre princípios conflitantes, trazendo para o direito brasileiro uma solução para problemas constitucionais, que vem sendo fielmente incorporada nas decisões de magistrados em âmbito nacional.

Não obstante à temática, Robert Alexy, procura explicar sua teoria trazendo inicialmente a divisão de sua teoria entre regras e princípios, utilizando-se da

ponderação e do princípio da proporcionalidade como técnicas essenciais de resolução de conflitos entre direitos importantes no ordenamento jurídico.

Desta forma, o presente trabalho busca compreender e elucidar a questão dos conflitos entre direitos fundamentais, estes o de liberdade de expressão e os direitos da personalidade, especificamente no que se refere ao direito à honra, buscando clarear e trazer uma solução entre os limites da liberdade de expressão e o direito à honra, utilizando-se da técnica de ponderação.

1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Inicialmente, é imprescindível falar de direito à liberdade de expressão sem apontar as contribuições do Liberalismo para o surgimento e defesa de tal direito. O conceito de liberdade, se origina como uma forma de conter o poder do Estado sobre a manipulação dos indivíduos em sociedade, na medida em que o “soberano”, ao não gostar de ser contrariado pelos seus súditos, utiliza-se de seu poder para suprimir as opiniões e ações dos cidadãos.

A efetivação da liberdade se faz a partir do pleno exercício dos direitos inerentes ao ser humano, da forma com a qual lhe convém, tendo este o dever de respeitar os direitos de outrem, não interferindo no pleno exercício dos mesmos. Evidente que o exercício da liberdade é natural ao indivíduo, surge também como forma de se posicionar frontalmente ao Estado, como necessidade para construção da civilização, interações humanas, a fim de se moldar a concepção estatal com a finalidade de retirar deste toda forma de controle prejudicial ao convívio dos indivíduos em sociedade. Tão somente a liberdade efetiva, garante o repúdio à tirania e controle social.

A liberdade está atrelada à espontaneidade das relações humanas, permitindo que os indivíduos resolvam de maneira unilateral seus problemas e anseios, assumindo os riscos inerentes às atividades desempenhadas e acordadas entre si, sendo passíveis de serem responsabilizadas ao não observar os direitos alheios.

Para melhor compreensão, faz-se necessária a análise do entendimento de Daniel Sarmiento sobre o assunto, que seja:

Sem embargo, a maioria dos pensadores contemporâneos mais ligados ao liberalismo reconhece hoje a importância do direito à igual participação política para a afirmação da liberdade, da mesma forma que a teoria democrática contemporânea não hesita em afirmar a relevância das garantias jurídicas da liberdade individual, que constituem pressupostos para o funcionamento da própria democracia. Apesar da subsistência de possíveis conflitos e tensões entre as ideias de soberania popular e de liberdade individual, parece hoje inequívoco que os termos desta equação se pressupõem reciprocamente, e que cada um deles tende a se desvirtuar, num círculo vicioso, diante da ausência do outro. Com efeito, sem um ambiente político em que as liberdades individuais estejam efetivamente garantidas, com opinião pública livre, tolerância e direito à diferença, a democracia não passará de um simulacro. Mas, da mesma forma, sem o

governo da maioria e a responsabilidade política dos governantes exigidas pela democracia, seria muito mais fácil para o grupo instalado no poder atropelar as liberdades dos governados em benefício dos seus próprios interesses. (SARMENTO, 2006, p. 146).

O conceito de liberdade é amplo e genérico, uma vez que este pode possuir várias ramificações, ou seja, este engloba o direito de ir e vir, direito de opinião, direito de manifestação, direito de propriedade, dignidade, de crença, de imprensa, dentre outros. Dessa forma, a esfera pública se limita em suas atribuições, na medida em que é na esfera privada que o indivíduo tem o pleno exercício de suas liberdades.

Cumpre-se destacar que a opinião pública sempre foi concebida como um divisor de águas para atuação do poder Estatal sobre os cidadãos, uma vez que esta levará imediatamente à atenção dos governantes para com a sua atuação mediante à sociedade, evitando assim a censura, desta forma, Alexis de Tocqueville, ao analisar a política americana, contribui que:

Num país em que reina ostensivamente o dogma da soberania do povo, a censura não é apenas um perigo, mas um grande absurdo. Quando se concede a cada qual um direito de governar a sociedade, cumpre reconhecer-lhe a capacidade de escolher entre as diferentes opiniões que agitam seus contemporâneos e apreciar os diferentes feitos cujo conhecimento pode guiá-lo. A soberania do povo e a liberdade de imprensa são, pois, duas coisas inteiramente correlativas. A censura e o voto universal são, ao contrário, duas coisas que se contradizem e não se podem encontrar por muito tempo nas instituições políticas de um mesmo povo. Entre os doze milhões de homens que vivem no território dos Estados Unidos, não há um só que tenha ousado propor a restrição da liberdade de imprensa. (TOCQUEVILLE, 2005 p.209)

A fala de Alexis abarca também a importância da liberdade de imprensa, uma vez que esta é responsável direta em informar aos cidadãos os acontecimentos e possíveis abusos cometidos pelos governantes, atribuindo um caráter balizador de contenção das atrocidades e censuras que possivelmente podem ser cometidas frente ao indivíduos em comunidade.

Além da fala de Alexis, é importante citar fala da autora Fernanda Carolina Torres, que segue:

Entre os diferentes direitos expressos na Constituição, a liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, pois sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática de nosso Estado. Primeiramente, no âmbito da dignidade humana, é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa

expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los. (TORRES, 2016, p. 61)

Ainda no que tange ao direito de expressão, de crença e religiosa, tem-se a contribuição de Edilsom Farias:

A norma constitucional que assegura a liberdade de expressão de idéias filosóficas ou políticas está contida no mencionado texto do inciso VIII do art. 5.º da Lei fundamental. Ao estabelecer que ninguém será privado de direitos por motivos de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, o aludido dispositivo está, pois, garantindo a todos os cidadãos a faculdade de manifestar desinibidamente as suas opiniões filosóficas ou políticas, sem que por isso possam vir a ser molestados. (FARIAS, 2004, p. 158)

Dada as devidas considerações, o direito à liberdade de expressão configura-se como direito fundamental na Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Em seu artigo 5º, mostra que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A importância de tal direito se mostra clara em tais incisos, a segurança deste direito se faz presente de forma quantitativa na Carta Magna de 1988. O Brasil, ao adotar o Estado Democrático de Direito como forma de governo, da transição do Estado Liberal para o modelo atual, confere a este direito a configuração de cláusula pétrea, ou seja, inviolável por emenda constitucional.

Como dito anteriormente, a segurança jurídica de tal direito, configura um meio insubstituível de controle do poder Estatal, na medida em que inibe o Estado de modificar, alterar ou censurar tal direito. Tal direito configura-se como uma dimensão

negativa no que tange à subjetividade da mesma, ou seja, configura uma defesa frente à interferência e/ou intervenção do Estado, sendo que este resta responsável na efetivação deste direito.

O Estado tem o dever de proteger a esfera da liberdade individual, no sentido de proteger a legislação vigente que confere os direitos inerentes à efetivação deste direito, cabendo não somente ao Estado em sua figura do governante, mas também à Administração Pública e os tribunais em assegurar a defesa deste direito.

No que tange à dimensão objetiva do direito à liberdade de expressão, tem-se que há no ordenamento jurídico brasileiro uma ordem constitucional a fim de se promover este direito ao Estado e à sociedade, configurando a valorização do princípio em todas as decisões pertinentes a ele, preservando-o também pelas fundamentações constitucionais. O direito à liberdade de expressão possui caráter universal, não há distinções entre os cidadãos para usufruírem deste direito.

Há de se destacar ainda que o direito à liberdade de expressão, como demonstrado acima, possui outros direitos conexos a este, por exemplo a liberdade religiosa, de comunicação, informação, direito de resposta, liberdade de expressão, dentre outros. Denota-se sua especial importância frente ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo resguardada a sua operacionalidade de direito.

É importante que seja entendido que o direito à liberdade de expressão deve ser compreendido, bem como os demais direitos fundamentais, como princípio constitucional, que irá servir de guia para uma futura interpretação jurídica. É possível que, ao ser posto em colisão com outro princípio, se faz necessária a utilização da técnica de ponderação para resolução do conflito.

Evidente que a Constituição Federal de 1988, prevê que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo estes em um determinado conflito serem limitados pela própria Constituição em favorecimento de outro, ou seja, pode ser que em um caso concreto seja prevaletido o direito à liberdade em frente a outro princípio de igual ou semelhante relevância.

Dito isto, é necessária a abordagem do outro direito elucidado neste trabalho, o direito à honra.

2 O DIREITO À HONRA

A honra é uma atribuição inerente à personalidade humana, possui relevância na análise da moral do indivíduo em sociedade, ou seja, é adquirida com a história de determinada sociedade e seus respectivos valores morais. A honra, no direito brasileiro, está relacionado diretamente com a questão da dignidade humana, princípio este que muito se ouve falar, porém com raras explicações objetivas, pois trata-se de valoração subjetiva.

Entende-se que a segurança deste direito tem por finalidade proteger a dignidade individual, sua reputação perante a si mesmo e perante a toda uma sociedade a qual esteja inserido. É notório que a legislação, bem como os estudos doutrinários e não tão longe a jurisprudência, buscam conceituar na medida em que se limita o direito à honra a sua forma circunstancial, ou seja, o fato imputado sendo verídico ao indivíduo, entendendo que não se pode opor a honra pessoal em frente à verdade.

É fato que a divulgação de determinadas informações sem prévia constatação de veracidade, pode provocar uma série de infortúnios à vítima, que teve sua moral abalada pela divulgação errônea de uma falsidade. Neste caso, o legislador buscou, ao legitimar a defesa do direito à honra, salvaguardar ao indivíduo um a resposta em casos que possam lhe ofender a moral e honra.

A simples divulgação de boatos, seja por meio a mídia televisiva, jornais impressos ou pela internet, pode ocasionar sérias consequências para a vítima, como o caso de bastante repercussão no país no ano de 2014, onde a dona de casa Fabiane Maria de Jesus, foi morta por criminosos no ano de 2014, ao ser atribuída a sua pessoa o crime de sequestro, no caso o retrato falado divulgado pela polícia teve veiculação por mídia na internet e a mesma foi encontrada posteriormente à divulgação e morta por espancamento, tentaram salvá-la mas morreu no hospital em

decorrência das lesões graves. É inadmissível que fatos como esse aconteçam, independentemente da divulgação, a punição deve ser feita pelos meios legais e não por “tribunais penais paralelos”, como neste triste caso.

É importante que se tenha previsão de punição adequada para essas práticas, para que não se tornem corriqueiras essas situações. Dito isto, é importante destacar e explicar sobre a tutela deste direito e sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

A tutela do direito à honra tem por base a reputação, o comportamento e o cumprimento dos deveres sociais. A Carta Magna de 1988, ao legislar sobre o direito à honra, diz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A tutela do direito à honra, reflete os direitos da personalidade em seu aspecto e abrangência subjetiva, sendo este também tutelado pelo Direito Penal.

No que tange ao conceito deste direito, temos por definição de Cupis, o seguinte:

[...] honra pode ser tida como o íntimo valor do homem, que não pode ser ofendido, sua estima perante terceiros, ou seja, sua consideração social. (CUPIS, 1982, p. 62)

Há de se destacar que a configuração de ilicitude ao direito à honra, dar-se-á a partir unicamente de um caso concreto, pois por se trata de direito subjetivo, há uma pretensão do Direito Penal de tornar exclusivo e moldável a configuração de ilícito à determinada ocasião, ou seja, a pessoa que se sentir ofendida possui a possibilidade de representar criminalmente contra quem o ofendeu, nos termos seguintes do Código Penal de 1940:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

É visível aqui que o legislador tratou de assegurar em mais de uma hipótese a criminalização da conduta que atenta contra a dignidade da pessoa ofendida.

No tocante ao Direito Penal, este busca a análise do valor do bem jurídico, ou seja, esta ramificação do direito busca tutelar um determinado bem jurídico que tenha, por si só, um valor expresso na sociedade, pois o mesmo tem por pretensão promover a segurança jurídica e a repressão a comportamentos não aceitos pela sociedade ou que venham a perturbar de alguma forma a paz social, causando caos e tumulto nas comunidades brasileiras.

O bem jurídico nada mais é que uma conceituação nuclear das normas de conduta e do tipo penal constituído por ela. Dito isto, pode-se afirmar que o bem jurídico é o conjunto dos valores comunitários que possuem relevância para serem tutelados pelo Direito Penal, como por exemplo o direito de ir e vir, de patrimônio, de moradia, de posse, dentre outros.

No que tange ao direito à honra, é muito difícil configurar uma conceituação objetiva da tutela do bem jurídico e de sua finalidade, uma vez que trata-se de um direito subjetivo, pois o que é honra, moral, ético pra alguém pode não ser pra outra pessoa, dada as diferenças culturais de comunidades e suas relações internas. Neste aspecto, é visível que há um dilema no que tange à especificação deste direito, porém, é quase que padrão a sua relação com o princípio da dignidade humana, por exemplo:

No direito à honra, o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade da pessoa humana. (BITTAR, 1995, p. 125/126)

Dada a breve introdução a respeito deste direito, é importante estabelecer a distinção entre suas dimensões, a objetiva e a subjetiva. Na objetiva, tem-se o merecimento valorativo da pessoa em relação a sua comunidade, ou seja, suas interações com os indivíduos irão transmitir a estes a sua idoneidade moral. Já na questão subjetiva, tem-se a honra como o valor interno da pessoal, ou seja, o valor

que a pessoa representa para si de acordo com suas concepções e referências pessoais.

O seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da questão indenizatória do direito à honra, ilumina a definição subjetiva, que segue:

A amplitude de que se utilizou o legislador no art. 5º, inc. X da CF/88 deixou claro que a expressão 'moral', que qualifica o substantivo dano, não se restringe àquilo que é digno ou virtuoso de acordo com as regras da consciência social. É possível a concretização do dano moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de autoestima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. A alma de cada um tem suas fragilidades próprias. Por isso, a sábia doutrina concebeu uma divisão no conceito de honorabilidade: honra objetiva, a opinião social, moral, profissional, religiosa que os outros têm sobre aquele indivíduo, e, honra subjetiva, a opinião que o indivíduo tem de si próprio. Uma vez vulnerado, por ato ilícito alheio, o limite valoração que exigimos de nós mesmos, surge o dever de compensar o sofrimento psíquico que o fato nos causar. É a norma jurídica incidindo sobre o acontecimento íntimo que se concretiza no mais recôndito da alma humana, mas o que o direito moderno sente orgulho de abarcar, pois somente uma compreensão madura pode ter direito reparável, com tamanha abstratividade. (Resp.270.730/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi. j. 19.12.00, DJU 7.5.01, p. 139.)

Assim, entende-se que a normatização deste direito pretende ligar o respeito pessoal com a dignidade humana. A honra representa o elo entre o indivíduo e a expressividade moral que este tem perante o ordenamento jurídico.

Deste modo, é importante lembrar que a honra é um direito subjetivo complexo, de difícil compreensão, porém é visível ao analisar a Constituição Federal de 1988, que esta é compreendida como um fator protetivo da dignidade humana, que busca sua visibilidade enquanto direito de personalidade, intrínseco à característica de cada indivíduo.

Dito isto, é possível afirmar que o Direito Penal deve estar em conformidade com as garantias constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, para que haja a real efetivação dessas garantias, especificamente no tocante às liberdades de comunicação, sem trazer uma solução penal que contrarie esta efetivação. O Direito Penal deve se ater na proteção de um bem jurídico relevante para a sociedade, sejam eles o patrimônio, a vida, a liberdade, moradia, dentre outros.

Neste contexto, deve ser analisado a extensão prática do direito à honra, e que seja analisado de forma a manter a proporcionalidade principiológica, para que se haja uma ponderação clara da maneira a qual foi analisado determinado caso concreto que venha envolver este direito e a melhor forma de aplicar uma resposta a sua supressão.

3 REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Inicialmente é preciso entender de forma breve, a questão dos princípios e regras na visão do autor em destaque. O autor defende a tese de que as normas se subdividem em regras e princípios, sendo que não é de mero caráter gradual, mas também qualitativa. Alexy defende a ideia de princípios como mandamentos de otimização, ou seja, na medida em que princípios são utilizados na análise da coalisão de princípios e/ou direitos, ou seja, o princípio, ao ser evocado, deve ser realizado em sua maior medida possível, dadas as devidas possibilidades em um caso concreto.

A teoria de regras e princípios proposta por Robert Alexy não tem por pretensão a alcançar a homogeneidade da ordem jurídica fundamental. Neste aspecto, o objetivo do autor é o de revelar, dentre as estruturas dogmáticas, os princípios e valores que se fazem presentes em determinado ordenamento jurídico ou até mesmo nas jurisprudências dos tribunais. Revela-se então, pela teoria, que é possível haver conflito entre duas normas fundamentais, porém nada que não seja solucionado utilizando-se da aplicação dos princípios propostos por Alexy.

A teoria das regras e princípios tem por finalidade solucionar o conflito entre direitos fundamentais, ou seja, tendo um conflito evidente em um caso concreto, a utilização das técnicas propostas por Alexy buscará complementar a fundamentação do julgador a fim de sanar a crise de direitos em questão. Nessa temática, o autor confere aos princípios um modelo ideal de solução de conflitos, isto é, busca-se então a partir da fundamentação uma padronização do pensar a partir da

maleabilidade das regras e princípios, sempre evitando a contradição normativa e principiológica.

Diante disto, entende-se que as regras e princípios são vistas como normas nesta teoria, pois ambos ditam um dever ser. Os princípios, bem como as regras, são fundamentações essenciais para qualquer caso concreto conflitante, utilizando-se uma aplicação distinta em cada caso. Dessa forma, o autor entende que as regras são como normas que podem ser ou não cumpridas e os princípios como normas que vão delimitar a maior medida possível em determinado fato.

Dito isto, é importante salientar que as colisões entre direitos fundamentais são consideradas como colisão de princípios, sendo analisados por uma ótica de ponderação e proporcionalidade. Contudo, infere-se que as regras, em contraposição aos princípios, possuem caráter determinante, uma vez que ao serem validadas pelo julgador, esta determinará uma ação a ser cumprida, seja na forma coercitiva ou não, estas devem ser aplicadas a fim de se atingir um resultado pré-estabelecido em um dado ordenamento jurídico.

Em suma, na teoria dos princípios de Alexy, os princípios são utilizados como fundamentação na decisão de um julgador, atentando-se para a aplicação em sua maior medida possível dada as devidas possibilidades jurídicas para o desfecho de um determinado caso concreto. Em relação a esta premissa, Alexy entende que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2009, p. 91).

Neste aspecto, os princípios servem para ordenar alguma decisão que seja utilizado o mandado de otimização, o fato de ser evocado na resolução de um conflito, não é passível de se tornar uma causa determinante, uma vez que o princípio não pode ser confundido com a regra na teoria principiológica de Alexy. Desta forma, é possível concluir que os princípios não constituem mandamentos definitivos, uma

vez que apenas tem o dever de ordenar e não definir o resultado, podendo este ser modificado novamente com outro fundamentação. (ALEXY, 2002, p. 99).

O autor defende que os princípios estão diretamente ligados ao critério de ponderação, indicando que a ponderação serve como uma aplicação prática dos princípios em um caso concreto, ou seja, ao analisar o princípio que será utilizado, deve-se comparar de forma proporcional ao outro, tendo como observância a predominância e a relevância do princípio frente ao ordenamento jurídico o qual este compõe.

Dito isto, o autor entende que o princípio pode ter um “peso” maior em relação ao outro, por exemplo, quando uma fonte jornalística divulga crimes de corrupção e lavagem de dinheiro cometidos por um político qualquer, e este, ao se defender alega que a notícia fere sua intimidade e honra, é notório que a liberdade de imprensa, respaldada pela constituição federal de 1988, possui maior relevância frente ao direito à intimidade de uma pessoa, pois os jornais tem o dever de informar aos cidadãos os atos cometidos contra à ordem pública, que será analisado em um possível julgado a partir da utilização dos mandados de otimização.

Acerca do mandado de otimização, Alexy influi-se que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fálicas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter princípio lógico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2009. p.117)

É de suma importância a análise devida da proporcionalidade apresentada pelo modelo do mandado de otimização de Robert Alexy, ao se analisar princípios em colisão, o sopesamento de um deve ser utilizado a fim de se chegar a uma

resolução deste conflito, sem que haja um dano ou mitigação aos princípios fundamentais.

A proporcionalidade, a qual o autor se refere, tem sua verificação a partir dos critérios utilizados na adequação do meio utilizado, em busca de uma possível solução, que se faz a partir da utilização da proporcionalidade estrita, gerando por consequência a técnica de adequação, o qual se refere em sua teoria principiológica. Em resumo, utiliza-se inicialmente, a adequação do meio, posterior a isto a necessidade do meio e por fim, a técnica de ponderação. (ALEXY, 2008, p. 590)

A adequação neste caso, é utilizada para uma finalidade que não venha contradizer ou infringir dois princípios fundamentais, para chegar a um resultado positivo e sem danos a princípios coexistentes. No que tange à necessidade, observa-se que a intenção é que a utilização do meio seja para atingir um resultado menos gravoso ao indivíduo, favorecendo a menor onerosidade entre os princípios. (ALEXY, 2008, p.588)

Para a ponderação ter efeito satisfatório, é necessário o conjunto ordenado das técnicas elucidadas anteriormente, sendo que deve-se considerar a intensidade e importância de intervenção a um direito fundamental. Para um resultado positivo, é necessário então seguir alguns procedimentos como: a definição da intensidade da intervenção, a importância dos direitos postos em conflito e por fim a realização da ponderação em seu sentido estrito, ou seja, se há justificção satisfatória de um direito fundamental posto em conflito à não satisfação do outro.

Contudo, há então uma possível consequência jurídica para a solução de um conflito entre princípios, devendo sempre haver um resultado que seja menos danoso ao indivíduo.

4 O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À HONRA

Inicialmente, faz-se necessário uma explicação breve acerca da restrição de um direito fundamental. É claro que, para se restringir um direito fundamental, não basta a simples edição de uma norma que venha limitar o exercício de um direito fundamental, pois há a possibilidade de esta norma estar incompatível com a Constituição brasileira. Portanto, é evidente que, ao falar desta temática, esteja devidamente observado a existência de um direito e uma restrição.

Em suma, há então o conflito entre um direito fundamental e a norma que o restringe, ocasionando posteriormente a noção de direito restringido, conforme exposto por Alexy, que segue:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito eJz si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa.² Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. (ALEXY, 2008)

É importante destacar que, em se adotando a teoria externa, há uma predisposição do indivíduo de valorar as suas liberdades individuais em face do Estado e da sociedade, em detrimento do valor comunitário.

Para melhor elucidação deste tema, faz-se necessário uma exemplificação, por exemplo, o indivíduo que decide usar ou não um capacete para dirigir uma moto, ora, na Constituição brasileira não há um princípio ou norma que diga expressamente que o cidadão deva usar ou não um capacete, portanto não tornando ilegal o seu desuso frente ao ordenamento jurídico superior brasileiro. Não é correto supor então que uma liberdade fundamental possa ser restringida pela obrigação de usar capacete.

Dito isto, é importante trazer a conceituação da restrição de direitos fundamentais, que seja:

Uma vez que se tenha estabelecido que - e em qual sentido - se pode falar em "restrição a direitos fundamentais", é necessário indagar o que são essas restrições. Restringíveis são os bens protegidos por (direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições prima facie garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição prima facie garantida por um princípio de direito fundamental. (ALEXY, 2008, p.281)

Partindo-se da premissa de que uma norma só pode ser considerada restritiva a um direito fundamental, se esta estiver em conformidade com a Constituição. Caso essa norma revele sua inconstitucionalidade, ou a mesma seja declarada por ação judicial, ela não terá um caráter restritivo, porém intervencionista. É evidente que a Constituição traz um rol de direitos fundamentais de valores equivalente, isto por si só proporciona uma certa equiparação entre direitos fundamentais, que não são absolutos, a mesma Constituição permite que o legislador possa, a partir de votação em plenário criar normas que venham restringir um direito fundamental. A Constituição deixa expresso o seguinte:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V- medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Portanto, pode ser que o Estado, por meio do poder legislativo, crie lei que venha inibir algumas liberdades individuais, como a criação do Código Penal de 1940, que elencará a repressão de várias liberdades incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a vontade humana pode influenciar na supressão de liberdade de terceiro.

Evidentemente que, em um ordenamento jurídico eficaz, deve-se prevalecer a tese de que o direito à liberdade necessita de algumas contenções, ora, a defesa exclusiva deste direito sem a segurança de direitos de terceiros, poderá acarretar em um verdadeiro caos social, uma vez que a vontade alheia de um indivíduo nem

sempre é motivada de boa-fé, tendo em vista as mais variadas praticas consideradas crime pelo Código Penal brasileiro, como por exemplo, o roubo, sequestro, homicídio, dentre outros.

A Constituição brasileira adota a tese de que ninguém será forçado a fazer algo senão por virtude de lei, expressa no inciso segundo do artigo 5º:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Em observância a este princípio, extrai-se que condutas não proibitivas previstas no ordenamento jurídico, são legais, ou seja, caso não esteja exposto a conduta proibida, o indivíduo poderá ou não agir por sua vontade. Além disso, há uma contribuição muito importante do autor Thomas Hobbes, em sua obra intitulada O Leviatã, que segue:

Nos casos nos quais o soberano não prescreveu nenhuma regra, o sujeito tem a liberdade de agir ou de se abster de acordo com a sua própria discricionariedade. (HOBBS, 1997, p. 143)

Assim, é notório que o caráter proibitivo irá conter determinada conduta, já a conduta não expressa em lei, essa será facultada ao indivíduo de executá-la conforme sua vontade. Dito isto, é importante abordar a temática da proteção das liberdades fundamentais.

A noção de proteção às liberdades fundamentais, surge com a premissa de que o Estado, ao se relacionar de forma direta para com os cidadãos, devido a atribuição de poder à determinada pessoa, poderá agir em desconformidade com o interesse público, ou seja, a proteção das liberdades fundamentais expressas em lei existem para que haja um devido amparo às possíveis arbitrariedades e supressões legais que o Estado possa cometer.

Ao Estado é vedada a supressão da liberdade individual que esteja respaldada no texto normativo constitucional. Toda liberdade fundamental protegida pela constituição coexiste para frear atitudes abusivas do poder Estatal, em face de cada indivíduo em sociedade.

Todo regime de governo autoritário e antidemocrático utiliza-se do poder que lhe é concedido por força, não por direito, para aplicar de forma substancial e abusiva, os anseios do governante, comuns à história vivenciada por vários países socialistas, ditatoriais, fascistas e monocráticos. Desta forma, é de suma importância que haja a previsão constitucional de bloqueios ao aparato estatal, para a livre efetivação das garantias fundamentais previstas na Constituição.

Não tão distante a essa lógica, o Direito Penal, ao proibir determinada conduta pessoal atinge incisivamente contra aquela pessoa que deseja suprimir direito de outrem, reprovando aquela conduta e aplicando uma sanção, seja ela privativa de liberdade ou não, a fim de se dar uma resposta ao ilícito cometido contra a vítima.

Dito isto, é evidente que ao se falar em indivíduo, há aquela preocupação no caráter tão somente individualista do termo. É notório que a Constituição Brasileira, ao conferir os direitos individuais aos cidadãos brasileiros, trata por si só de abranger de forma coletiva esses direitos, ou seja, expande a abrangência desses direitos a toda a comunidade. A individualização da liberdade será efetivada a partir do momento em que o cidadão, dotado de plena capacidade intelectual e civil, agir conforme sua vontade.

A liberdade consiste no poder de fazer tudo aquilo que lhe convém desde que não haja prejuízo claro aos direitos de outrem. Assim sendo, o exercício desse direito não tem limites, desde que esteja plenamente configurada a observância e respeito à liberdade dos demais indivíduos em sociedade. Contudo, Hobbes, ao explicar o conceito de liberdade, afirma o seguinte em sua obra *O Leviatã*:

Conformemente a este significado próprio e geralmente aceite da palavra, um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer. Mas sempre que as palavras livre e liberdade são aplicadas a qualquer coisa que não é um corpo, há um abuso de linguagem; porque o que não se encontra sujeito ao movimento não se encontra sujeito a impedimentos. Portanto, quando se diz, por exemplo, que o caminho está livre, não se está indicando qualquer liberdade do caminho, e sim daqueles que por ele caminham sem parar. E quando dizemos que uma doação é livre, não se está indicando qualquer liberdade da doação, e sim do doador, que não é obrigado a fazê-la por qualquer lei ou pacto. Assim, quando falamos livremente, não se trata da liberdade da voz, ou da pronúncia, e sim do homem ao qual nenhuma lei obrigou a falar de maneira diferente da que usou. Por último, do uso da expressão livre arbítrio não é possível inferir qualquer liberdade da vontade,

do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem; a qual consiste no fato de ele não deparar com entraves aofazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer. (HOBBS, 1997, p. 73)

Apresentados os devidos esclarecimentos, faz-se necessária a abordagem acerca das restrições quanto aos direitos fundamentais. É comum se ouvir falar em relativização de direitos, tendo em vista que nenhum direito apresentado na Constituição é absoluto, há a possibilidade de um direito ser restringido conforme a composição normativa constitucional brasileira.

Ao se confrontar princípios e direitos fundamentais, há sempre a questão conflituosa de se estabelecer uma solução para um embate frontal entre esses termos, ou seja, em determinado caso hipotético, em se tratando de liberdade de expressão e direito à honra, dois direitos de igual peso constitucional postos em conflito devido os anseios sociais, há neste caso uma difícil solução sem a restrição de determinado direito. Os autores Nelson Rosendal e Cristiano Chaves Faria, contribuem que:

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto, qual interesse se sobrepõe, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual direito possui maior amplitude casuisticamente. (ROSENVALD; FARIAS, 2018, p.203).

É extremamente claro que a própria Constituição brasileira vigente trata de relativizar o direito à liberdade de expressão, ao elencar a inviolabilidade do direito à honra, imagem, vida privada e intimidade, conforme disposto no inciso x do seu artigo 5º. Desta forma, ao conferir essas restrições, esta destina um valor hierárquico normativo igualitário frente aos direitos postos em questão. Sua controvérsia poderá ser solucionada conforme entendimento fundamentado na constituição pelos aplicadores e intérpretes da lei, em cada caso concreto apresentado.

Sobre isto, os autores lembram da contribuição de Gustavo Tepedino, este em inspiração a Stefano Rodotà, o seguinte:

Interessante hipótese é formulada por Gustavo Tepedino, inspirado em Stefano Rodotà, lembrando do político que professa um exacerbado moralismo e, posteriormente, é surpreendido, pela imprensa, em situação que contradiz as ideias pregadas. Conclui ser possível veicular a notícia nesse caso, a bem do interesse público. Identicamente a divulgação de fatos que envolvem sonegação fiscal comprovada não atenta contra os

direitos da personalidade, bem assim como não caracteriza abuso a veiculação normal de informação sobre eventuais apurações procedidas no âmbito de inquérito policial. Incorporando esse entendimento, a jurisprudência já afirmou que a veiculação de fatos, inseridos em matéria jornalística, baseada em fatos de interesse público, sem extrapolar o direito de crítica, em casos que ostentam gravidade e ampla repercussão social, não caracteriza dano moral indenizável (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 801.109/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12.6.12). Significa, portanto, que toda publicação jornalística traz consigo uma cláusula de modicidade, permitindo um temperamento para compreensão dos efeitos sobre terceiros dela decorrentes quando se tratar de um agente público envolvido em fato público. (ROSENVALD; FARIAS, 2018, p.203).

Neste entendimento, a liberdade de imprensa prevaleceu sobre os direitos da personalidade, uma vez que o julgador entendeu que em se tratando de matéria de interesse público, qualquer fato de repercussão nacional veiculado pela mídia poderá se ver livre para divulgação e circulação.

No que tange à problemática do conflito entre dois direitos tão importantes para o ordenamento jurídico brasileiro, é importante ressaltar que não necessariamente um direito ou princípio constitucional será declarado inválido em caso de um destes ceder em relação ao outro. A afirmação está mais clara entendida nas palavras de Robert Alexy, que segue:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 94).

A complexidade da resolução deste conflito se dá por meio da análise casuística, ou seja, para que haja uma possível solução entre dois princípios tão importantes, o caso que for apresentado perante o julgador deverá revelar qual princípio irá se tornar mais importante naquela ocasião, sendo que mesmo que um ceda em benefício do outro, o outro continuará tendo sua validade respeitada.

Há de se destacar ainda que a cada caso apresentado à determinada corte deverá ser analisado em conformidade com a adequação e necessidade, ou seja, para que haja uma solução concreta de conflitos entre princípios ou normas, haverá que se fundamentar cada caso em conformidade com a adequação por intermédio da adequação. Ao analisar essa adequação, Alexy demonstra um exemplo importante que aconteceu no Tribunal Constitucional alemão, que é o seguinte:

As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência-contida na definição de princípio - de uma máxima realização em relação às possibilidades fálicas. Isso tem pouco a ver com a idéia de "ponto máximo", e que será ilustrado com o auxílio de dois casos. O primeiro deles diz respeito à adequação. Um cabeleireiro colocou, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Diante disso, as autoridades administrativas impuseram-lhe uma multa por descumprimento da lei sobre o comércio no varejo. Essa lei exigia uma permissão, que só seria concedida se o requerente demonstrasse "a necessária expertise", a qual poderia ser obtida por meio de um curso profissionalizante como comerciante, de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial de um exame especial, no qual seriam testados conhecimentos técnico-comerciais. O cabeleireiro procurou a proteção dos tribunais. O Tribunal Superior Estadual de Saarbrücken, que se ocupou com o caso em segunda instância, considerou inconstitucional a exigência de uma demonstração de expertise comercial nos casos de instalação de simples máquina automáticas e suscitou uma prejudicial de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal. O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a exigência de uma prova de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria - ou seja, também para a exploração de máquinas automáticas para vender cigarros-viola a liberdade profissional garantida pelo art. 12, § 1º, da Constituição alemã [...]. (ALEXY, 2008, p. 586)

É importante que toda decisão dada em matéria de conflito principiológico, seja adotado o entendimento de que a medida tomada esteja em conformidade com a adequação e necessidade, para que não haja o cometimento de injustiças, nem de arbitrariedades. Uma decisão completa estará adstrita a esta questão, uma vez que foram analisados de forma proporcional ao caso apresentado.

Em se tratando da realidade brasileira, uma exemplificação nacional do tema exposto até aqui, tem-se parte do Acórdão proferido pelo STF no recurso extraordinário de número 898450, que segue:

[...] 1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público. 2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei", evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. [...] 6. As

pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX) [...] 8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente. 9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. [...]11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público. 12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não. [...] 20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL. 17 de agosto de 2016)

Percebe-se aqui claramente, que os ministros priorizaram o direito à liberdade de expressão em desfavor da peculiaridade de contratação do Estado no que tange ao concurso público realizado, que proibia candidatos que tivessem tatuagem de ingressar o erário público. Aqui o Estado, na sua forma administrativa, não pode deixar de ingressar candidatos capacitados por causa de uma suposta tatuagem ofensiva, tendo em vista que na análise dos ministros, não houve atentado contra a dignidade da pessoa humana, nem aos direitos da personalidade.

Outro caso interessante, uma apelação cível que se encontra em julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. HONRA. NÃO VIOLAÇÃO. 62 Em se tratando de colisão de direitos fundamentais - liberdade de imprensa X direito à imagem e à honra - não há solução normativa prévia sobre qual dos direitos deve prevalecer. A solução do conflito passa pela ponderação dos interesses legítimos, à luz das particularidades do caso concreto. É tranquilo o entendimento no sentido de que "Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando o texto publicado evidencia a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro" (STJ, REsp 1390560/SP). Na hipótese, não restou caracterizado o agir abusivo do réu, que publicou informações verídicas e de manifesto interesse público. Como alguém que exerceu diversos cargos políticos e, na época, recentemente havia deixado o cargo de assessor parlamentar, o autor está sujeito à opinião pública. E, para a formação dessa opinião, nada mais essencial do que a informação, cujo meio de maior difusão é a imprensa, ao lado da cada vez mais utilizada rede mundial de computadores. Nesta medida, as reportagens e opiniões veiculadas pelo réu encontram-se amparadas pelo disposto no art. 5º, IX, e no art. 220 da Constituição Federal. Sentença de improcedência confirmada. APELO DESPROVIDO (BRASIL, 2014, s. p.).

Não obstante aos casos apresentados no presente trabalho, que envolvam a temática da liberdade de expressão e direito à honra, é necessário que se faça a aplicação do princípio da proporcionalidade, trazido pela obra posta em evidência por Robert Alexy. Desta forma, deve o magistrado tentar harmonizar tais princípios. Quando a harmonia não estiver em conformidade, o segundo passo seria aplicar a necessidade ao caso, aplicando-se a técnica de ponderação e demonstrar qual princípio deverá ser posto em destaque, sem prejuízos às garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

O presente tema proposto neste trabalho demonstra uma relevância importante em se tratando de forte interação interpessoal na sociedade brasileira, onde que, com a popularização dos meios de comunicações, os indivíduos passaram a ter acesso à informações em tempo real, interagindo rapidamente com o meio o qual se encontra, e por meio deste se tornou mais frequente a adoção de uma resposta penal para crimes envolvendo a honra e intimidade do ofendido.

A análise do direito à liberdade de expressão, frente ao direito à honra, denota um debate extremamente atual e relevante no atual contexto histórico brasileiro. Dessa forma, é essencial que se faça por seguro a defesa da liberdade de expressão como uma forma de se proteger o direito de fala de um indivíduo, dada a devida adequação casuística entre o direito de liberdade de expressão, bem como o direito à honra.

Neste aspecto, é importante ressaltar que a defesa da liberdade de expressão não pode ser encarada meramente de um caráter apenas liberal da defesa de tal direito, mas também de importante relevância da manutenção da democracia, uma vez que o direito de fala é essencial para que haja a manifestação de pensamentos entre indivíduos da comunidade. É notório que os direitos postos em questão não possuem caráter absoluto, ou seja, ninguém pode evocar seus direitos individuais ferindo os direitos de outrem, ou usar-se do respaldo constitucional dado à liberdade de expressão para criar boatos ou atacar a moralidade das outras pessoas.

No tocante ao conflito entre os direitos presentes no título do trabalho, foi importante demonstrar que a solução para tal pode ser encontrada através de uma análise casuística por intermédio da técnica de ponderação proposta por Robert Alexy, esta muito importante para a resolução de conflitos atuais que circundam a esfera social brasileira, uma vez que seja analisado dentro da esfera principiológica da adequação, bem como da necessidade, para que seja dada uma solução completa para cada caso apresentado aos tribunais, envolvendo a temática abordada.

Diante do exposto, verifica-se que a maneira mais adequada para resolução de conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, se encontra na aplicação do princípio da proporcionalidade pelo magistrado, sendo necessária a observância dos critérios de adequação, necessidade e ponderação ao caso.

Portanto, valendo-se do uso da proporcionalidade, é possível alcançar um resultado para cada caso concreto. Tendo em vista a complexidade da questão, a utilização dos critérios expostos, levará a uma solução mais adequada, sendo que nos casos apresentados, a liberdade de expressão sobressaiu ao direito à honra, de forma que mesmo os dois direitos tendo relevância constitucional equivalente, o sacrifício do direito à honra em frente ao de liberdade de expressão, não configura uma quebra de valor constitucional, e sim uma solução criteriosa justificável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da Personalidade**. Forense, Rio de Janeiro, 1995; 2001; 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação** – Teoria e proteção constitucional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo-SP, 2004. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31954-37387-1-PB.pdf>> Acesso em: 3 de novembro de 2017.

G1. Mulher morta após boato em rede social. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html>>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã – Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006

_____. Supremo Tribunal Federal. **Resp. 898.450.** Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/08/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323174>> Acesso em: 10/05/2018

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
 _____ **A democracia na América: leis e costumes.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Revista de Informação Legislativa. Ano 50, nº 200, outubro de 2016. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf > . Acesso em: 15 de maio de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **AC: 70061387098/RS.** Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 24/09/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/09/2014. Disponível em:< <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141961457/apelacao-civelac-70061387098-rs>>. Acesso em 15 de maio de 2018.