

A LIBERDADE JURÍDICA E SUAS PATOLOGIAS EM TEMPOS DIGITAIS: REFLEXÕES A PARTIR DA FILOSOFIA DE AXEL HONNETH E DA DECISÃO DA APELAÇÃO Nº 0076701-57.2005.8.07.0001

Juliana Rose Ishikawa da Silva Campos¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo refletir sobre as patologias da liberdade jurídica a partir da obra “O direito da liberdade” de Axel Honneth, no contexto (pós-modernidade) dos chamados “tempos digitais”, estes marcados pela intensa utilização da internet e das redes sociais, para os mais diversos fins. Nesse sentido, o problema de pesquisa eleito foi o seguinte: a liberdade jurídica, especialmente a “liberdade de expressão”, utilizada no ambiente “digital” tem apresentado patologias no sentido disposto por Axel Honneth em sua obra “O direito da liberdade”? Para responder a tal questionamento, o artigo, além de se debruçar sobre obras filosóficas, também analisa a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal na apelação de nº 0076701-57.2005.8.07.0001 (*case* Marcelo Valle) a fim de demonstrar que a “liberdade de expressão” no âmbito digital pode se mostrar “patológica” quando utilizada para a prática do discurso de ódio, com ofensa à liberdade de outras pessoas.

Palavras-chave: Liberdade Jurídica. Liberdade de expressão. Patologias. Axel Honneth.

Abstract: This article aims to reflect on the pathologies of legal freedom from the work "The right to freedom" by Axel Honneth, in the context (post-modernity) of the so-called "digital times", which are marked by the intense use of the internet and social networks, for the most diverse purposes. In this sense, the chosen research problem was the following: has legal freedom, especially "freedom of expression", used in the "digital" environment, presented pathologies in the sense provided by Axel Honneth in his work "The right to freedom"? To answer this question, the article, in addition to focusing on philosophical works, also analyzes the decision of the Federal District Court of Justice in appeal No. 0076701-57.2005.8.07.0001 (*case* Marcelo Valle) in order to demonstrate that the "freedom of expression" in the digital sphere can prove "pathological" when used for the practice of hate speech, with offense to the freedom of other people.

Keywords: Legal Freedom. Freedom of expression. Pathologies. Axel Honneth.

¹ Doutoranda em Filosofia (UNISINOS). Mestra em Direito Agroambiental (UFMT). Graduada em Direito (UFMT). Professora de Direito (UNEMAT – campus de Barra do Bugres). Servidora pública (TJMT).

1. Introdução

Este artigo tem como objetivo refletir sobre a liberdade jurídica e suas patologias, a partir da filosofia de Axel Honneth, com ênfase em sua obra “O direito da liberdade” e contrapondo suas ideias com a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) no caso “Marcelo Valle Silveiro Mello” (Apelação nº 0076701-57.2005.8.07.0001).

Em “O direito da liberdade”, Honneth, ao tratar da “possibilidade da liberdade” discorre sobre a chamada “liberdade jurídica” ressaltando sua a) razão de ser; b) limites; c) patologias. As referidas categorias serão brevemente analisadas neste artigo, a fim de possibilitar uma reflexão sobre a liberdade jurídica e suas patologias em “tempos digitais”.

É notório que nos últimos anos, a internet e suas múltiplas possibilidades, com ênfase para as “redes sociais”, despontaram em importância na sociedade contemporânea, gerando informação, diversos benefícios, mas também “patologias” para utilizar a expressão de Honneth, ou ainda “conflitos” que precisam ser resolvidos no seio dessa sociedade, ou ainda pelo Estado, no âmbito do ordenamento jurídico e suas instituições, tais quais os Tribunais.

Para esta análise elegeu-se um caso real bastante emblemático, o qual traz à baila a discussão sobre os limites da utilização da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais. O apelado no recurso penal nº 0076701-57.2005.8.07.0001 – Marcelo Valle Silveiro Mello – foi acusado de racismo no âmbito de uma rede social chamada “Orkut” e sua defesa pareceu bastante focada em aspectos formais do processo ao invés de realmente defender seu direito de liberdade de dizer o que disse. O caso e a decisão serão explanados no tópico 3 como exemplo de patologia da liberdade jurídica, mas antes serão feitas algumas importantes considerações inspiradas na filosofia de Axel Honneth.

2. A liberdade jurídica em Axel Honneth: razão de ser e limites

Em sua obra de maturidade, “O direito da liberdade”, Axel Honneth (2016) reconhece a importância dos “direitos subjetivos”, uma vez que, de acordo com o referido pensador, os indivíduos necessitam deles para se compreender como pessoas independentes dotadas de vontade própria. Os direitos concedem a elas uma “margem de ação que, protegida pelo Estado, lhe possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções.”

Para Silva (2016, p. 290):

O conceito de Honneth para a liberdade jurídica parte da ideia liberal de liberdade negativa, ou seja, que os indivíduos teriam a sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado, constituindo-se a partir daí uma esfera privada de ação e autorreflexão.

A ideia de liberdade como “direito” e entendida como “autonomia privada”, de acordo com Honneth, passou por poucas mudanças. O que realmente mudou foi o seu alcance, pois a partir dos movimentos sociais e das pressões políticas, ao longo dos anos, foram adicionadas novas categorias à liberdade já antes reconhecida, positivada e “protegida” pelo Estado².

Ao reconstruir o conceito de liberdade jurídica, Honneth ressalta a divisão entre duas esferas garantidoras de liberdade: a autonomia privada³ e autonomia coletiva. O

² Para Honneth, no âmbito do Estado democrático de direito, as pessoas são ao mesmo tempo destinatárias e autoras dos direitos.

³ ““Autonomia privada” deve significar que tal sujeito jurídico dispõe de um espaço de proteção aceito universalmente, que lhe permite, sobretudo, retirar-se de seus deveres e laços sociais, a fim de, numa autorreflexão aliviada, ponderar e estabelecer suas preferências e orientações de valor

filósofo alemão entende que o sistema jurídico é um facilitador da “autonomia coletiva”, a qual possui um significado “ativo e cooperativo” e impõe um “circuito de atitudes, práticas e convicções democráticas, já que sem a existência destes o impulso coletivo para uma atualização conjunta dos direitos se extinguiria.” (HONNETH, 2016).

Partindo da “Filosofia do Direito” de Hegel, Honneth pontua que:

o “direito abstrato” e a soma de todos os direitos subjetivos parecem possuir a dupla natureza que lhes é peculiar, concedendo ao sujeito, para fora, uma forma meramente racional-finalista da solução da decisão, para proteger esse mesmo sujeito, para dentro, em sua capacidade de formar eticamente a sua vontade com maior eficácia. (HONNETH, 2016)

Assim, a liberdade jurídica é vista como uma espécie de “manto protetor”, a qual permite ao indivíduo “sair do espaço comunicativo dos deveres recíprocos para uma posição de questionamento e revisão”, ou ainda protege “o espaço do agir individual”, fundamentando as reivindicações legais de abstenção da intromissão nessa liberdade (HONNETH, 2016).

É notório que essa “abstração” dos direitos fundamentais liberais, que foi identificada por Hegel (2010, p. 79-127) e tem sido apontada como “problemática” por parte dos pensadores críticos do direito, especialmente o próprio Marx (2013) e Pachukanis (2017, p. 85), não restou ignorada por Honneth que a chamou de “interpretação funcionalista”:

Foi Marx, em particular, que nos direitos fundamentais liberais não quis ver nada além de um punhado de instrumentos ideológicos com os quais a classe dominante pretendia perpetuar as condições econômicas da propriedade e justificar uma acelerada exploração do proletariado. (HONNETH, 2016)

individuais; assim sendo, o núcleo da liberdade jurídica é conformado pela constituição de uma esfera de privacidade individual.”

Honneth, embora lance mão da teoria crítica de Marx, entende que sua concepção dos direitos fundamentais ignora o fato de que os direitos subjetivos “contêm a oportunidade de serem usados de maneira bem diferente” (HONNETH, 2016), uma vez que em Hegel “o direito à propriedade privada encontra fundamentação racional muito mais no fato de outorgar a cada indivíduo a oportunidade de se assegurarem da individualidade de sua vontade em objetos externos que legitimamente lhe corresponda” (HONNETH, 2016).

Dessa forma, ao que parece, a propriedade e os demais direitos relacionados à liberdade, especialmente em seu aspecto negativo, funcionaria como uma espécie de instrumento para materialização da vontade individual (autonomia) ou ainda serviria sempre para “tornar possível o autoquestionamento ético” (HONNETH, 2016).

O autoquestionamento e a autorreflexão neste espaço de liberdade que é proporcionado pela “entidade jurídica”, ou seja, pela garantia de direitos subjetivos, leva ao que Honneth chama de “pluralismo ético”:

Assim, uma vez que cada um desfruta de sua pretensão, afiançada pelo Estado, de não ser impedido de externar suas ideias de bem, surge aquela corrente permanente de imagens e visões da vida bem conduzida que abastece o indivíduo de alternativas sempre novas em sua autoconfirmação ética. (HONNETH, 2016)

No contexto do pluralismo ético e da revolução das tecnologias da comunicação, é notória a institucionalização de novos direitos para além daqueles decorrentes da chamada “primeira geração de direitos”.

Sabe-se que, historicamente, a liberdade jurídica foi positivada e entendida primeiramente como liberdade negativa. Isso é ressaltado por Honneth, mas também por diversos outros pensadores da filosofia e da teoria do direito, tais quais Norberto Bobbio

(2004), Abramovich e Courtis (2011), José Afonso da Silva (2010), Daniel Sarmento (2016) e Sarlet (2012), para citar apenas alguns.

A estes “direitos liberais de liberdade” somou-se posteriormente os chamados “direitos sociais”, os quais, para Honneth (2016), são uma “tentativa de garantir ao indivíduo as condições materiais sob as quais ele pode exercer seus direitos liberais de liberdade de maneira mais eficaz.” Dessa forma, mesmo os direitos sociais e os demais direitos de participação também funcionariam como formas de garantir a liberdade, liberdade como autonomia (individual e coletiva).

Em que pese todo o esforço da “entidade jurídica” em garantir direitos a fim de possibilitar a autonomia (individual e coletiva), é notório, e Honneth deixa isso bem claro, que a liberdade em seu aspecto jurídico possui limites.

Um limite importante, tratado por Honneth (2016), ainda na introdução do capítulo destinado à liberdade jurídica, é o fato de que para este modo de liberdade “determinar com precisão suas próprias metas sempre, é necessária uma forma de interação social para qual não é a liberdade jurídica que oferece as oportunidades”, isto quer dizer que “para sua realização efetiva, a liberdade jurídica depende sempre de complementações por meio de comunicações, ainda que, com essas comunicações, ameace excluir os indivíduos com base em sua estrutura privatista”. Vê-se assim um caráter “incompleto” da liberdade entendida pelo viés dos direitos individuais.

Em sua obra – *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel* – Honneth (2007, p. 81-82) demonstra, a partir de Hegel, uma séria preocupação com a pretensão de “totalidade” da liberdade jurídica ou ainda com a limitação às liberdades constituídas apenas “juridicamente”. Aparentemente por isso, em sua obra de maturidade – *O direito da liberdade* – ressalta o caráter incompleto da liberdade jurídica.

Lembra ainda que, “servir-se da liberdade jurídica e praticá-la significa tomar parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada, reguladas por normas de reconhecimento recíproco” (HONNETH, 2016).

Honneth elenca, desse modo, três condições que devem ser satisfeitas para que possam ser reconhecidos como esfera de uma liberdade que se compreende de maneira “intersubjetiva”:

em primeiro lugar, em um nível fundamental, deve-se tratar de sistemas institucionalizados, diferenciados de práticas nas quais os sujeitos cooperam uns com os outros e nisso se reconhecem reciprocamente com referência a uma norma compartilhada comum; em segundo lugar, essa relação paralela de reconhecimento tem de consistir em uma recíproca atribuição de estatuto, que na mesma medida habilita os implicados a prever um comportamento determinado de todos os outros e, assim, esperar por uma consideração normativa; e em terceiro lugar, sistemas de ação desse tipo devem acarretar a constituição de uma autorrelação específica, que desemboca na formação das competências e atitudes necessárias para a participação nas práticas constitutivas. (HONNETH, 2016)

As ideias de “reconhecimento” e “cooperação” por meio da “liberdade negativa do direito formal” já estavam presentes em sua obra anterior – *Luta por reconhecimento*. Tratando mais uma vez de Hegel, Honneth dispõe que:

pela via de uma recepção da economia política inglesa, ele já havia chegado naquela época ao discernimento temperante de que toda organização futura da sociedade depende inevitavelmente de uma esfera de produção e distribuição de bens mediada pelo mercado, na qual os sujeitos não podem estar incluídos senão pela liberdade negativa do direito formal. (HONNETH, 2009)

Assim, percebe-se que, para Honneth (2016), a liberdade negativa, enquanto direito formal se mostra imprescindível para o reconhecimento intersubjetivo e

consequentemente para a cooperação dentro das sociedades. Em que pese tal relevância, ele observa que o Direito incentiva atitudes e práticas de comportamento que, em certa medida e em determinados momentos, são justamente um obstáculo para o exercício da liberdade criada por ele.

O exemplo dado dessa realidade é de um indivíduo que chega às suas decisões por força da liberdade jurídica. Tal ator não precisaria se importar se as razões que ele considera corretas podem ser aceitas também pelos outros parceiros de interação. Sua atitude, numa “posição jurídica”, o impossibilitaria de acessar o mundo de ligações e responsabilidades intersubjetivas. Assim, para Honneth (2016) “com base na liberdade jurídica, não é possível conduzir reflexões éticas em forma de diálogos e busca de aconselhamentos virtuais”, sendo necessário, portanto, “sair do papel de entidades jurídicas para poder encarar essas tentativas de uma discussão transferida para o âmbito interno de nossos objetivos de vida.”

A desvinculação da “entidade jurídica” se mostra importante para Honneth, de forma que chega a dizer que “de modo algum, podemos perseguir qualquer objetivo de vida e tomar parte em interações se antes não abandonarmos a esfera da liberdade jurídica, adotando, para tal, novamente deveres de justificação intersubjetiva.”

Um exemplo dessa realidade seria o casamento. O casal, quando se propõe a um modo de vida comum não pode ter a todo momento em mente os seus “direitos formais”, sob pena de perderem a interação real e o verdadeiro exercício da liberdade construída pelo diálogo e pelo reconhecimento.

A partir do momento que um dos dois ou ambos começam a agir como “entidades jurídicas” apelando para seus “direitos formais”, a relação e o próprio exercício da

liberdade entra em xeque. É o que demonstra o filme “História de um casamento⁴” (2019) recentemente disponibilizado na plataforma de *streaming* “Netflix”.

Dessa forma, tem razão Honneth quando afirma que “o emprego de um direito subjetivo cria apenas uma espécie de estado de exceção temporário”, e nesta situação “aquilo que é tratado efetivamente na conformação de uma vida autônoma é de certo modo suspenso ou posto entre parênteses.”

Assim, em apertada síntese, percebe-se em Honneth que, embora a liberdade jurídica seja imprescindível por diversas razões, a mesma se mostra incompleta (carecendo de complementações) e em alguns momentos funciona como verdadeiro obstáculo para o exercício da liberdade “criada” pelo Direito.

3. Axel Honneth e as patologias da liberdade jurídica

Em que pese todo o esforço da “entidade jurídica” em garantir direitos a fim de possibilitar a autonomia, é notório, e Honneth deixa isso bem claro, que a liberdade em seu aspecto jurídico possui também patologias, as quais merecem de nossa parte algumas ponderações que serão feitas nas próximas linhas.

3.1. O conceito de patologia em Axel Honneth

Antes de adentrar propriamente na discussão sobre as patologias da liberdade jurídica, convém a pergunta: o que é patologia?

Para Honneth (2016):

No contexto da teoria social, podemos falar em “patologia social” sempre que a relacionarmos com desenvolvimentos sociais que levem a uma

⁴ O filme retrata a história de um casal em processo de divórcio e demonstra de maneira bastante interessante como a interação “jurídica” formal pode prejudicar o exercício da liberdade e a interação para além da “entidade jurídica”.

notável deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social de maneira competente. (...) tais patologias operam num nível mais elevado da reprodução social, no qual o que importa é o acesso reflexivo aos sistemas primários de ação e de normas. Então, sempre que alguns ou todos os membros da sociedade, em razão de causas sociais, já não estejam em condições de compreender adequadamente o significado dessas práticas e normas, podemos falar numa “patologia social”.

Dessa forma, Honneth sustenta que as patologias sociais não se manifestam sob a forma de comportamentos individuais extravagantes ou deformações de caráter, mas sim “à medida que os membros de determinados grupos desenvolvem tendências a uma rigidez de comportamento, à inflexibilidade de seu comportamento social e à autorreferência, que se manifestam em estados depressivos e de desorientação difíceis de compreender.” (HONNETH, 2016).

O conceito se mostra deveras interessante, mas poderia levar à questão: como identificar uma patologia social?

Honneth (2016) também apresenta uma proposta para tal. Confessa que raramente seria possível encontrar esses sintomas sob a forma de levantamentos empíricos, afirmando que “quanto ao emprego qualitativo, os próprios instrumentos de análise da pesquisa sociológica são por demais grosseiros para trazer à luz humores difusos ou sentimentos coletivos desse tipo.” Por isso, ele defende que a via mais eficaz para um “diagnóstico patológico” continua a ser

as análises de testemunhos estéticos, nos quais os referidos sintomas chegam a receber uma apresentação indireta — romances, filmes ou obras de arte contêm o material pelo qual obtemos conhecimentos rudimentares sobre se e em que medida é possível, nos tempos atuais, detectar tendências a uma deformação reflexiva de nível superior, do comportamento social, bem como seu grau de alastramento. (HONNETH, 2016)

Nesse artigo, a proposta é semelhante à de Honneth, uma vez que nossa análise se dará sobre uma espécie de “testemunho estético” – análise jurisprudencial – a qual parte de um caso real que foi apresentado ao Poder Judiciário e descrito por meio de uma decisão judicial fundamentada. A referida decisão, como se verá nas próximas linhas, apresenta um exemplo bastante interessante de patologia social da liberdade jurídica, mas antes se faz necessário, entender, ainda em Honneth, quais são as patologias mais comuns da chamada “liberdade jurídica”.

3.2. As patologias da liberdade jurídica em “O Direito da Liberdade” de Axel Honneth

Uma das principais razões para a existência de patologias no sistema institucionalizado de justiça, para Honneth, é justamente seu elevado grau de abstração. Isso porque, como as normas jurídicas e os direitos fundamentais se expressam sob signos altamente abstratos, vão se acumulando, ao longo do tempo e com certa regularidade, o que ele chama de “erros de interpretação”.

O filósofo alemão destaca que a “formalização legal das relações”, como por exemplo das relações contratuais e de família, aumentou fortemente em relação ao passado, de modo que patologias dessa ordem (liberdade jurídica) “ultrapassam de longe as ocorrências meramente individuais, assumindo um caráter quase endêmico”. Fala-se, assim, em um “abuso da liberdade jurídica”.

Na obra sob análise – *O direito da liberdade* – Honneth trata de formas “atuais” de patologia da liberdade jurídica.

A primeira, nas palavras do próprio autor, pode ser entendida da seguinte maneira:

penso que, em primeiro lugar, podemos ressaltar as acentuadas tendências

a, no caso de divisões ou litígios sociais, nos fixarmos intensamente no papel de uma ou outra entidade jurídica; que o potencial de arbítrio do agir comunicativo — e, não raro, o motivo original do conflito — cai no esquecimento, e o que é entendido como a própria liberdade é definido exclusivamente nos termos da soma dos direitos disponíveis para alguém, e por isso é apropriado falarmos na inversão de um meio num fim em si mesmo de todo agir (a). (HONNETH, 2016)

Como se percebe, essa patologia nos levaria a esquecer o motivo inicial do conflito “jurídico”, havendo uma verdadeira inversão, na qual o meio se torna o fim em si mesmo do agir jurídico.

A segunda patologia é descrita da seguinte maneira:

Uma segunda forma da patologia da liberdade jurídica já é de tipo indireto, consistindo essencialmente na função de exemplo da ideia de liberdade disposta nessa esfera para o descobrimento cada vez mais difícil da identidade: em tais casos, a ideia de, por um breve período, aliviar a própria ação dos deveres intersubjetivos sob a proteção do direito é despojada de seus limites temporais e torna-se o único ponto de referência da própria autocompreensão. O que aqui se entende como protótipo da liberdade individual na verdade não é definido com base no próprio direito subjetivo, mas segundo o modelo de uma suspensão, de modo que na inversão de um meio pode-se falar num ideal da vida pessoal (b). (HONNETH, 2016)

Esta segunda patologia, assim como a primeira, leva a uma interrupção da comunicação que é mal interpretada e concebida como forma de coordenação de todas as demais interações. Há, uma verdade reformulação do agir daqueles que se encontram em um conflito “jurídico”, pois suas ações são orientadas para o “êxito”, êxito em sentido jurídico. Assim, para estes sujeitos resta apenas “o invólucro das entidades jurídicas”, fazendo surgir assim uma “personalidade puramente jurídica”.

3.3. Tempos digitais e as patologias da liberdade de expressão

O próprio Honneth (2016) afirma que “hoje, a célere disseminação da internet cada vez mais é acompanhada da institucionalização de direitos”.

Assim, a internet⁵ e as redes sociais, enquanto espaço de interação social, também possuem o seu próprio “invólucro jurídico” e não deixam de ser um *locus* onde o Direito, com suas formalidades e instituições, também está presente, normatizando e tentando solucionar os conflitos que surgem nesse novo tipo de realidade.

Os chamados “tempos digitais” foram recebidos com grande entusiasmo pela comunidade global, especialmente pelos mais jovens, justamente por ser um tempo no qual há uma promessa de ampliação das “liberdades”, da comunicação, da interação, do conhecimento, dentre outros múltiplos benefícios.

Em que pese tais “elogios”, a internet e suas incríveis possibilidades têm sido alvo de críticas duras tais quais a de Bauman (2013, p. 116-117):

No caso das “autoestradas da informação”, contudo, há outro poderoso motivo de frustração: o destino das mensagens, os “veículos” que trafegam por esse tipo de rodovia, é, afinal, a *atenção humana*, que a internet é incapaz de ampliar, tal como não pode aumentar sua capacidade consumo e digestão. Pelo contrário. Ajustar-se às condições criadas pela internet faz com que a atenção se torne fraca e acima de tudo inconstante, incapaz de se sustentar por muito tempo, treinada e acostumada a “surfar”, mas não se aprofundar, a “zapear” pelos canais, mas não a esperar até que algum dos enredos zapaeados se revele em toda sua extensão e profundidade. Em suma, a atenção tende a ser treinada a patinar pela superfície muito mais depressa do que seria necessário para obter um lampejo do que está por baixo.

Para uma chance de ser notadas de alguma forma, as mensagens eletrônicas devem ser encurtadas e simplificadas, a fim de passarem todo o seu conteúdo antes que a atenção diminua ou se afaste para outro lugar;

⁵ “Hoje a internet é vista como um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de lugar e tempo.” (PAESANI, 2014, p. 10)

essa é uma necessidade que as torna inadequadas a transmitir ideias profundas que exijam reflexão e contemplação. Essa tendência a encurtar e simplificar mensagens, tornando-as cada vez mais rasas, e portanto ainda mais fáceis de surfar, tem assinalado desde o início a breve mais tormentosa história da rede mundial.

Bauman (2013, p. 117-119) resalta ainda outros “problemas” (ou poderíamos dizer “patologias” para usar a expressão de Honneth) relacionados à utilização da internet (enquanto direito de liberdade): facilidade da formação e ao mesmo tempo do desmonte de “comunidades”, com nítida confusão da ideia de “amigo”; mutabilidades, fragilidades, estado contínuo de transitoriedade, sentimento de insegurança, dentre outros.

Neste artigo busca-se ressaltar as patologias na utilização da chamada “liberdade de expressão” nos ambientes digitais. Mas antes convém a pergunta: o que é a liberdade de expressão?

De acordo com Costa Neto (2017, p. 37), a liberdade de expressão “cuida-se, (...) do direito de expressar-se sem obstáculos ou restrições.” Para Machado (2002, p. 60):

(...) um entendimento semelhante acerca da liberdade de expressão e de crítica viria a ser perfilhado por John Locke, escorado nas suas ideias sobre a liberdade religiosa. Para este autor, a Igreja deveria entendida, fundamentalmente, como uma *free and voluntary society*, exercendo as suas funções de natureza espiritual de uma forma autônoma e isenta de coação (...)

A defesa desta concepção vai colocar John Locke na vanguarda da luta pela liberdade de expressão, na medida em que, começando por defender a liberdade religiosa individual, este autor acaba por sustentar a legitimidade da expressão de opiniões, de forma confrontacional e persuasiva, desde que as mesmas não atentem contra a ordem social.

Em que pese a liberdade de expressão ser direito fundamental e humano, reconhecido por normas jurídicas da mais alta estatura, tal qual a Constituição Federal de 1988, é notório que não possui caráter absoluto (TÔRRES, 2013, p. 64), o que permite que

tal direito subjetivo seja restringido por outros direitos também importantes na ordem constitucional. Por isso, há quem diga que o “discurso de ódio” é um limite ao direito da liberdade de expressão (ROTHENBURG, STROPPA, 2015), isto é, o direito de se expressar de forma livre, quer na “vida normal” quer nas redes sociais não deve incluir o direito de se expressar de forma odiosa, racista, preconceituosa, e assim por diante.

Ao lembrar do conceito de “patologia” em Honneth, poderíamos afirmar que a utilização desse tipo de argumento (preconceito, racismo, ódio) pode significar uma verdadeira patologia da liberdade jurídica de se expressar, isto porque leva a uma “deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social” (HONNETH, 2016). Aqueles que fazem uso do discurso de ódio já não estão em condição de compreender adequadamente o significado das práticas e normas que dizem respeito à “liberdade de expressão”. Por isso entendermos que se trata de verdadeira “patologia social”.

4. O caso “Marcelo Valle Silveiro Mello” como exemplo de patologia da liberdade jurídica em tempos digitais

Em setembro de 2009, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (TJDFT) decidiu a Apelação nº 0076701-57.2005.8.07.0001, a qual havia sido interposta pelo Ministério Público (MP) em face de sentença que absolveu o senhor Marcelo Valle Silveiro Mello do crime de racismo praticado no âmbito da rede social denominada “Orkut”.

A sentença da 1ª instância foi reformada pelo Tribunal que impôs condenação ao réu por entender que seus comentários tinham forte cunho racista. De acordo com o relatório (BRASIL, TFDT, 2009, p. 03), ao comentar o sistema de cotas adotado pela UNB, o réu fez os seguintes comentários:

“(…) E VCS, FICAM AÍ PAGANDO PAU DA ÁFRICA, AQUELE BANDO DE MACACOS SUBDESENVOLVIDOS, QUERENDO ATRIBUIR VALOR A ESSA ‘CULTURA’ NEGRA QUE SÓ TEM MÚSICAS SEM SENTIDO E TOSCAS QUE NÃO FAZEM MAIS QUE PROMOVER ORGIAS SEXUAIS .. PAU DAQUELE PRETO DOS PALMARES LÁ .. BAH ...

VOU JOGAR A REAL PRA VCS, SEUS MACACOS BURROS, EU NÃO SOU BRANCO COMO VCS TAMBÉM NÃO SÃO PRETOS ... AMBOS TEMOS MISTURA DE RAÇA NESSA PORRA ... AGORA VEM COM ESSE NEGÓCIO DE COTAS .. QUER DIZER QUE AGORA VCS QUEREM JUSTIFICAR A COR PRA CULPAR A GENTE DO FRACASSO DE VCS .. TOMAR NO CU ...

(…) DEPOIS FICAM PERGUNTANDO PQ SE FORMA ESSES GRUPOS NO BRASIL ... COM ESSES MACACOS FALANDO BOSTA ESTILO O DONO DESSA COMUNIDADE .. ATÉ ME DÁ VONTADE DE VIRAR UM SKIN-HEAD TAMBÉM .. SÓ ACHO QUE ELES TÃO PERDENDO TEMPO PQ VCS MACACOS VÃO ACABAR NA PRISÃO MESMO.

PRETO NO CÉU É URUBU, PRETO CORRENDO É LADRÃO, PRETO PARADO É BOSTA.

QUAL A DIFERENÇA ENTRE O PRETO E O CÂNCER
R: O CÂNCER EVOLUI!

ACABOU ... AGORA VÃO LÁ PEGAR O CADERNO E MOSTRAR PRO MUNDO, SKIN-HEADS, BRANCOS E TODOS AQUELES ‘RACISTAS’ QUE VCS INSISTEM EM DIZER, QUE VCS NÃO SÃO MOGOLOIDES E TEM A MESMA CAPACIDADE DE TODOS .. VÃO ESTUDAR SUA CAMBADA DE VAGABUNDO...

JÁ NÃO BASTA PRETO ROUBANDO DINHEIRO .. AGORA ELE TAMBÉM ROUBA VAGA NAS UNIVERSIDADES ... O QUE MAIS VAI ROUBAR DEPOIS?

(...)

EH MACACO,

INFELIZMENTE EM UNIVERSIDADE PÚBLICA NÃO DÁ CAMARADA, PRA BRANCO PASSAR PRECISA TIRAR 200, E PROS MACACOS PASSAREM EH SOH TIRAR – 200 .. UHAUHAUHAUHA .. COMO MINHA FAMÍLIA TEM GRANA DIFERENTE DESSE MACACOS POBRES E SUJOS .. PAPAÍ PAGA PARTICULAR PARA MIM .. QUE POR SINAL EH MELHOR QUE A PÚBLICA ...

TO POCO ME FUDENDO TAMBÉM .. ESSES PRETOS VÃO EH
ESTRAGAR A UNIVERSIDADE PÚBLICA MAIS DO QUE JÁ
ESTRAGARAM ... NÃO SABEM NEM ESCREVER ...
E TA FALANDO O OQ O MACACO ... VC NÃO EH TÃO PRETO ASSIM
NÃO .. E TEU PROFILE TA IGUALZINHO O MEU ... O QUE DIABO VC
EH .. QUER QUE UM NEGÃO COMA TEU CU NA UNIVERSIDADE
EH?’

(...)

PRA VCS QUE NÃO PASSARAM NA UNB AQUI VÃO AS
INSTRUÇÕES

DECLARE-SE NEGRO:

1 – TOME UM BANHO DE SOL

2 – APLIQUE CERA NO CABELO PARA ELE FICAR BEM DURO

3 – COLOQUE UMA CAMISETA ESCRITO ‘BLACK POWER’ OU
QUALQUER COISA LIGADA AO REGGAE, SE FOR MULHER
COLOQUE TRANÇAS NO CABELO ... QUANTO MAIS NEGRO VC
PARECER MELHOR

4 – CHEGANDO NO DIA DA AVALIAÇÃO, USE GÍRIAS DA
COMUNIDADE AFRO ESTILO ‘E AÍ MANOW’ OU SEJA, GÍRIAS
EXTRAÍDAS DAQUELES RAPS DE FAVELADOS

APÓS ISSO É QUASE CERTEZA QUE VC VAI CONSEGUIR ENTRAR
NAS COTAS, POIS NESSE PAÍS DE RETARDADOS ELES AINDA NÃO
ENTENDERAM QUE NÃO EXISTEM 100% NEGROS E 100% BRANCOS
... E CONTINUAM ACHANDO BONITO AUMENTAR O
PRECONCEITO E COLOCAR ANALFABETOS PARA DESTRUIR COM
O CONCEITO DA UNIVERSIDADE...

APÓS SE DECLARAR NEGRO, VÁ PARA A PROVA E PREENCHA
COMO SE FOSSE UM CARTÃO DE LOTERIA, AFINAL, QUEREM UM
EXEMPLO, PARA PASSAR PARA ENGENHARIA CIVIL SENDO
BRANCO: NF DE 200, SENDO NEGRO: NF DE 120 .. ENTEDERAM NÉ

...

(...)

VCS TÃO PUTOS PQ TOQUEI NA FERIDA DE VÊS, NA FERIDA DE
COMO VCS MALANDROS DESOCUPADOS ENTRARAM NA UNB
ROUBANDO A VAGA DE UMA PESSOA CAPAZ .. ISSO QUE DEVERIA
SER CRIME NESSE PAÍS ..”

A defesa do senhor Marcelo Valle focou sua argumentação na tese de que o “elemento subjetivo” (isto é, o dolo, a intenção) não restou demonstrado, não sendo, portanto, típica a conduta do recorrido. Assinalou que o dolo do apelado era dirigido apenas “a uma crítica ao sistema de cotas por critérios de raças ou etnias”. Argumentou que Marcelo inicialmente apresentou sua verdadeira opinião sobre o sistema de cotas e que quando começou a falar do critério racial, tinha apenas “*animus jocandi*”, isto é, estava “brincando”, “fazendo uma piada”. Afirmou ainda que os ânimos somente se acirraram após alguns internautas passarem a agredi-lo.

Como se vê, a defesa não parece argumentar que o réu/apelado possui o direito de dizer o que disse, mas busca outros argumentos a fim de tão somente absolvê-lo da condenação pelo crime de racismo. É nítida sua postura “estratégica” como bem refle Honneth ao dissertar sobre a liberdade jurídica.

A acusação/apelante (Ministério Público), por sua vez, defendeu a tese de que os comentários postados no “Orkut” são mais do que “gratuitas ofensas ou piadas de mau gosto sobre as pessoas de cor negra”, nada tendo a ver, portanto, com o sistema de cotas. As declarações, para a acusação, demonstravam claramente o dolo de praticar e incitar a discriminação contra pessoas de cor negra, ainda que sob o pretexto de se manifestar sobre o sistema de cotas raciais, sendo a conduta, portanto, típica.

Ressaltou ainda que a conduta é culpável, pois o transtorno de que é portador mantém preservado seu entendimento, diminuindo apenas sua capacidade de determinação. Sustenta, assim, que o apelado é semi-imputável, fato que acarreta apenas a diminuição da pena. Argumentou que a juíza de primeira instância desviou sua atenção da conduta racista do apelado para sua personalidade, atendo-se ao fato de este ter ficado órfão de pai em tenra idade, haver sido criado por mãe mentalmente desequilibrada e ser portador de distúrbio mental. Munido de laudo de exame psiquiátrico, o Ministério

Público apontou que estas situações não comprometiam a capacidade de Marcelo compreender o que estava fazendo, uma vez que a utilização dos argumentos racistas era reiterada. Dessa fora, o Ministério Público entendeu que ele agiu com dolo direito de discriminar a coletividade negra (SILVA, *et al*, 2011, p. 458).

O Relator da Apelação, Desembargador Roberval Casemiro Belinati, entendeu que:

Marcelo tem, constitucionalmente, o direito de se manifestar contrariamente a um sistema de cotas que utiliza como critério para o acesso a vagas em universidades públicas a raça do indivíduo. No entanto, em que pese a Constituição Federal assegurar o direito à livre manifestação do pensamento, esse direito não pode ser utilizado para acobertar a prática de conduta criminosa. (BRASIL, TFDT, 2009, p. 07).

Em semelhante sentido, o Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos – revisor da apelação, afirmou que:

Em que pese conste do texto constitucional a garantia da livre expressão do pensamento (art. 5º, IV), eventuais excessos devem ser balizados com razoabilidade, haja vista que o constituinte colocou, no mesmo pé de igualdade, a vedação ao racismo (art. 5º, XLII), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e, ainda, instituiu, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). (BRASIL, TFDT, 2009, p. 18).

Com estes argumentos, o TJDFR reformou a sentença de 1º grau e impôs condenação ao apelado por entender que ele cometeu o crime de racismo. Os argumentos dos desembargadores, conforme visto demonstram que a liberdade de expressão, que é um direito fundamental, expressão de uma liberdade jurídica, não pode ser invocada como possibilidade de prática de crimes, tal qual, o crime de racismo. Isto é, o direito de

expressar-se não incluir qualquer tipo de expressão, mas tão somente aquelas que não constituem crime.

O caso em análise serve de exemplo emblemático de patologia social da liberdade de expressão, uma vez que demonstra o entendimento equivocado e o mal-uso dos direitos de liberdade. Percebe-se que as expressões utilizadas pelo agente causador do crime de racismo demonstram que o mesmo não compreendeu da melhor forma o que seria sua liberdade jurídica de se expressar, uma vez que a utilizou para a prática de um crime, que de certa forma fere a liberdade de outras pessoas, qual seja a comunidade negra.

Além disso, como afirma Honneth (e o *case* demonstra), não é raro que o motivo original do conflito jurídico caia no esquecimento. É o que a defesa do réu tentou fazer, apelando para outros argumentos de aspectos formais, como a imputabilidade, ausência de dolo etc., operando uma verdadeira inversão de um meio num fim em si mesmo de todo o agir.

6. Considerações finais

É notório que nas sociedades contemporâneas, especialmente aquelas formadas sob a forma de um Estado Constitucional de Direito, a liberdade é um valor importante que merece proteção e afirmação por parte do Direito e suas normas. A liberdade, enquanto valor, encontra justificação em grandes nomes da filosofia tal qual o próprio Honneth, que a defende como necessária para que as pessoas possam se compreender como independentes e dotadas de vontade própria.

A liberdade, ao lado de outros direitos subjetivos igualmente relevantes, concede certa margem de ação, protegida pelo Estado, possibilitando aos cidadãos uma

prospecção de suas propensões, preferências e intenções. O conceito de liberdade de Honneth se aproxima bastante de uma ideia de “autonomia privada”, portanto.

Em que pese a acentuada importância do direito de liberdade, inclusive da liberdade de expressão, mostra-se relevante, cada vez mais, refletir sobre seus limites, posto que não se trata de direito absoluto.

Neste sentido, partindo a filosofia de Axel Honneth, esse artigo analisou algumas patologias que podem se mostrar presentes na utilização deste direito subjetivo. A análise da decisão do TJDFT no “*case* Marcelo Valle” permitiu exemplificar que a mal compreensão sobre o conceito e os limites de uma determinada liberdade jurídica pode colocar em risco ou propriamente significar a violação a outras liberdades de outras pessoas.

No caso em questão, o senhor Marcelo Valle utilizando do seu direito de se expressar (direito fundamental à liberdade de expressão) incorreu em verdadeiro crime de racismo, pois, ao comentar o sistema de cotas da UNB na rede social “Orkut”, desferiu verdadeiro “discurso de ódio” em face da comunidade negra. Já no âmbito do Tribunal, tendo em vista o ajuizamento de ação e posterior recurso de apelação pelo Ministério Público, o “réu/apelado” fez uma defesa bastante “técnica”, isto é, “estratégica”, para utilizar a expressão de Honneth, tentando verdadeiramente levar ao esquecimento o real motivo que originou o conflito jurídico. Essa postura “estratégica” é vista por Honneth como uma patologia da liberdade jurídica, na medida em que subverte os fins pelos meios.

Em que pese sua defesa “estratégica” e desprovida de argumentação no sentido de que o réu poderia ter dito o que disse (defesa da liberdade de expressão propriamente dita), o TJDFT entendeu que a liberdade jurídica de expressão não deveria incluir ou permitir tais práticas, razão pela qual reformou a decisão da primeira instância e condenou o agente.

O *case*, bastante emblemático, demonstrou que a teoria de Honneth acerta ao afirmar que o Direito pode incentivar atitudes e práticas de comportamento, que, em certa medida e em determinados momentos, são justamente um obstáculo para o exercício da liberdade criada por ele.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0076701-57.2005.8.07.0001. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em 09 mar. 2020.

COSTA NETO, João. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEGEL, G. W. F. *Filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010.

HISTÓRIA de um casamento. Direção de Noah Baumbach. Reino Unido: Netflix, 2019 (137 min).

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Livro eletrônico não paginado.

_____. Patologias da liberdade individual: o diagnóstico hegeliano de época e o presente. *in: Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 66, julho de 2003, p. 77-90.

_____. *Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2013.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

ROTHEMBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. in: *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*. 27 a 29 de maio de 2015. Santa Maria/RS. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-21.pdf> Acesso em 03 mai. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Marcos Luiz. A liberdade jurídica e suas patologias sociais segundo Honneth. in: *Revista Opinião Filosófica*. Porto Alegre, v. 07, nº 02, mar. 2017, p. 286-303. Disponível em: <http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/701> Acesso em 09 mar. 2020.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. in: *Revista Direito GV*. São Paulo 7 (2), jul-dez 2011, p. 445-468. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200004 Acesso em 09 mar. 2020.

SILVA, Rosane Leal da, *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *in: Revista Direito GV* (online). 2011, v. 07, n. 02, p. 445-468. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em 03 mai. 2020.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *in: Revista de Informação Legislativa*. Ano 50. Número 200. Out/dez.2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf Acesso em 03 mai. 2020.