

Discurso de ódio: perspectivas do Direito Comparado

Hate speech: perspectives from Comparative Law

Graziela Harff¹

Marcelo Schenk Duque²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto do direito comparado e brasileiro em relação ao discurso de ódio, a fim de que contribuições possam ser trazidas para o direito brasileiro. Nessa senda, serão analisados o direito americano em contraste com o europeu e, em especial, o alemão, quanto à matéria. A metodologia do trabalho é comparativa, com ênfase dogmática e jurisprudencial. Ainda, os resultados dizem respeito à grande diferença existente os sistemas jurídicos no tratamento do discurso de ódio, havendo uma proeminência no caso americano da liberdade de expressão e no europeu uma maior preocupação com o resguardo dos direitos fundamentais. Assim, a liberdade de expressão no sistema norte-americano é um direito sujeito a poucos limites, construídas principalmente pela jurisprudência. Por outro lado, o sistema europeu, em geral, preza pelo resguardo dos direitos fundamentais das vítimas, o que faz com que a liberdade de expressão venha a encontrar diversos limites em prol de outros bens jurídico-constitucionais

Palavras-chave: Discurso de ódio. Direito comparado. Liberdade de expressão. Direito norte-americano. Direito europeu.

Abstract: This paper aims to analyze the context of comparative and Brazilian law concerning hate speech, so that contributions can be brought to Brazilian law. In this way, it will focus on the American law in contrast with the European and, in particular, the German law. The methodology of the work is comparative, with dogmatic and jurisprudential emphasis. Moreover, the results concern the great difference between the legal systems in the treatment of hate speech, with a relevant importance in the American context of freedom of expression and in the European one a greater concern with the protection of fundamental rights. Therefore, freedom of expression in the United States is subject to few limits, established by the case law. On the other hand, in the European system of law, in general, victims' fundamental rights prevail over freedom of expression. In this sense, this

¹ Professora na ULBRA/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). ORCID n. 0000-0003-3063-869X.

² Doutor em Direito do Estado pela UFRGS, com período sanduíche junto a Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Professor do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador visitante no Europa Institut da Universität des Saarlandes (Alemanha). ORCID n. 0000-0002-4192-7633.

right finds many limitations considering other rights and values inscribed in the Constitutions.

Keywords: Hate speech. Comparative law. Freedom of expression. American Law. European Law.

1. Introdução

A globalização e a inovação tecnológica apresentam novas perspectivas, que compreendem inúmeros desafios. Um deles consiste na definição dos limites aplicáveis à liberdade de expressão. Se por um lado a tecnologia facilita a divulgação de ideias, por outro, ela também contribui para potencializar as ameaças pelo uso abusivo da liberdade de expressão. Neste contexto, cumpre indagar o significado que o discurso de ódio possui nos dias atuais. Embora não seja um fenômeno necessariamente novo, as manifestações odiosas ganharam um novo significado e alcance a partir do incremento dos meios de comunicação, em particular pela divulgação de manifestações por meio das chamadas redes sociais, o que confere ao tema inegável relevância e atualidade.

O objetivo deste estudo é verificar em que medida os ordenamentos jurídicos norte-americano, brasileiro e europeu possuem ou não uma uniformidade de tratamento em relação ao discurso de ódio, considerando que todos sofreram a influência do constitucionalismo liberal, que assegura a liberdade como valor fundamental. Ciente de que direitos de personalidade estão inseridos em um processo de constitucionalização, não há como se negar que a liberdade de expressão e as manifestações odiosas que nela buscam fundamento podem vir a colidir com bens jurídicos protegidos, como a dignidade humana e uma série de direitos fundamentais que nela encontram seu valor último.

Para ilustrar esta intrigante questão, recorre-se à revisão bibliográfica e jurisprudencial, com incursão no direito comparado, a fim de se obter um panorama comparativo. Como marco referencial teórico, adotam-se obras de

autores norte-americanos, brasileiros e alemães que vêm investindo esforços no estudo de tão instigante tema.

2. O Discurso de Ódio e seu Conceito

Na sociedade atual, marcada pelo livre confronto de ideias e das mais diferentes ideologias, o que é garantido por direitos de matriz constitucional, dentre eles o mais expressivo o da liberdade de expressão, tem-se verificado, de forma cada vez mais constante, discursos discriminatórios em relação a determinados grupos. Além de seu conteúdo preconceituoso, tais discursos visam à hostilização e à exposição das vítimas nos mais diferentes meios e plataformas, sem que haja controle, fiscalização e punição eficazes através de políticas e instrumentos de origem estatal. Neste quadro, tem sido desenvolvido o estudo do discurso de ódio, o qual tem por objeto a análise tanto dos discursos, quanto das condutas eivadas de tal natureza. O discurso de ódio, gize-se, é considerado não apenas um ato discursivo, mas também uma conduta, não podendo se falar em uma mera opinião (OLIVA, 2015, p. 51).

O discurso de ódio pode ser tido como aquele que tem por objetivo o insulto, a intimidação e o assédio a uma parcela da sociedade em virtude de raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, o que tem por consequência a instigação da violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas que se constituem o alvo de tais agressões (BRUGGER, 2007, p. 118). Importante destacar que o rol a que comumente se faz referência não deve ser tido como exaustivo, de modo que, à medida que o tema se desenvolve e das constatações no campo empírico, outras situações podem vir a ser englobadas em tal conceito, como destacam alguns doutrinadores quando exploram sua definição (SARMENTO, 2006, p. 53).

Embora não haja consenso na doutrina sobre a exata compreensão dos elementos definidores do discurso de ódio, nem do seu tratamento no âmbito do direito constitucional contemporâneo e do direito internacional (HAUPT,

2005, p.304), havendo diferentes regulações conforme os Estados envolvidos, um aspecto parece perpassar a noção, qual seja, a de se tratar de manifestações dirigidas a grupos minoritários. Deste modo, deve ser ressaltado que as vítimas do discurso de ódio são integrantes de grupos, em geral, tradicionalmente alvos de discriminação e vulneráveis (WALDRON, 2012, p. 8). Quando se fala em minorias, entretanto, deve se ter em mente que não apenas o sentido quantitativo, mas também o sentido político está abarcado. Isso porque as mulheres, embora estejam presentes na sociedade em número superior aos homens, acabam também por ser vítimas de preconceito e de discursos sexistas³ na prática cotidiana (OLIVA, 2015, p. 55).

A despeito de se fazer tal afirmação, deve ser relevado que em alguns casos as vítimas poderão ser indivíduos. Neste caso, a agressão que se enquadrará como discurso odioso, mesmo que dirigida a uma pessoa, deve ter por objetivo atingir o grupo ao qual pertence o indivíduo isoladamente atingido. Do contrário, haverá a subsunção a um dos tipos penais que visam ao resguardo da honra no Código Penal, como a calúnia, difamação ou injúria (OLIVA, 2015, p. 54).

O termo ódio também é fonte de discussões, uma vez que, conforme WALDRON (2012, p. 37), aqueles que defendem uma regulação do discurso de ódio não estão preocupados com a incitação do ódio em si, mas com a situação de vulnerabilidade das pessoas que estão sujeitas a tal ódio em razão de sua raça, etnia ou religião. Há, inclusive, quem sustente que nem mesmo o ódio é condição necessária para caracterizar este tipo de discurso, pois este pode ser movido por emoções, sentimentos ou atitudes de desdém, desprezo ou rejeição. A ideia de que o ódio sempre estará presente levou a doutrina a denominar tal associação de mito do ódio (BROWN, 2017, p. 439-440).

³ Em países como os Estados Unidos, a doutrina costuma implicar no discurso de ódio a pornografia, haja visto que a objetificação da mulher através da exposição levada a cabo acaba por atingir não apenas uma classe identificada de vítimas, mas as mulheres como um todo (HAUPT, 2005, p. 305).

Apresentado o conceito do discurso de ódio e os debates que gravitam em torno da matéria, impende estudar os efeitos causados pela sua prática.

3. Efeitos Causados pelo Discurso de Ódio e a Ofensa aos Direitos da Personalidade

Os efeitos causados pelo discurso de ódio se revelam nos mais diferentes âmbitos, não atingindo apenas as vítimas, mas um universo bem maior, qual seja, o conjunto da sociedade. Em relação àqueles que ocorrem sobre as minorias, existem limitações de liberdade no espaço público, dado que a vítima passa a sofrer de insegurança e a evitar tais espaços, afastando-a da convivência em sociedade ou passando a calcular minuciosamente os lugares que deva frequentar. As mulheres, por exemplo, podem deixar de frequentar determinados locais ou escolherem vestimentas específicas quando da sua presença em determinado lugar, a fim de evitar manifestações de cunho sexista ou discriminatório. Outro efeito é a vítima se culpar por ofensas sofridas, passando a se sentir responsável pelo fato. Além disso, minorias étnicas podem deixar de frequentar espaços por temor de discursos racistas (OLIVA, 2015, p. 60s).

Este efeito é devastador para o espaço deliberativo público, pois a livre troca de ideias com os demais membros da sociedade passa a ser limitada, de modo a haver um déficit democrático (FISS, 2005, p.47). Existe entre os agentes do discurso odioso a intenção de intimidar os grupos que são alvo de participar do processo deliberativo. Por conseguinte, a menor participação política, em virtude de preocupações com segurança, bloqueia os debates políticos e legislativos. Discursos discriminatórios impedem o aprofundamento da pluralidade nos debates e tendem a deslegitimar a opinião de grupos desfavorecidos (TSESIS, 2009, p. 499).

Corre-se, então, o risco de as instâncias deliberativas ou os espaços públicos de discussão serem frequentados apenas por representantes de

maiorias para a defesa de seus interesses, o que gera como consequência um desequilíbrio, o qual pode ocasionar uma falta de legitimidade das decisões tomadas. Isso porque os debates de ideias são importantes não apenas para a autoexpressão e a autorrealização do agente, mas também porque se tornam primordiais para a autodeterminação coletiva, ou seja, para as decisões que são tomadas no âmbito político, expressando de que forma desejam viver (FISS, 2005, p.30). Assim, em assuntos que envolvem a vida política de uma sociedade, deve haver ampla representação dos mais diversos grupos que a compõem.

Assim, a ideia segundo a qual todas as opiniões devem ser aceitas e circular na sociedade, correspondente à noção norte-americana de *marketplace of ideas*, certamente passa a ser questionada, pois um mercado livre de ideias não pode ter seu funcionamento assegurado quando a sociedade não pode ser devidamente representada por temor de exposição e de expressão das opiniões. Em um mercado de ideias, estas devem ser expressas, na expressão do Juiz Brennan, de modo “desinibido, robusto e amplamente aberto”,⁴ contudo, é necessário salientar que as expressões de ódio podem ferir a segurança de que se necessita para conviver em sociedade, sem ameaças de insultos quotidianos, a fim de inserção de todos os seus membros nos mais diversos espaços. Assim, o diálogo não pode ser tão aberto a ponto de admitir discursos preconceituosos, humilhantes e vexatórios. Exatamente neste ponto reside uma das críticas ao livre mercado de ideias, uma vez que, ao aceitar inclusive discursos preconceituosos e discriminatórios, afasta os alvos de tais manifestações do espaço público (TSEISIS, 2009, p. 501). Existe, desta maneira, uma hegemonia de discursos dominantes às custas daqueles de minorias oprimidas (ROSENFELD, 2003, p. 1.535-1.536).

Um segundo efeito sobre as minorias atingidas pelo discurso de ódio trata dos impactos psicológicos e psicossomáticos sobre os ofendidos e os

⁴ Expressão proferida por ocasião do julgamento do caso *New York Times Co. v. Sullivan*. 376 US 254, 270 (1964).

integrantes do respectivo grupo. Ainda que apenas uma parte do grupo seja ofendida, o efeito pode ser difundido para o restante dos seus membros, internalizando o discurso discriminatório. Esse sentimento de inferioridade causa danos à saúde mental dos ofendidos, direta ou indiretamente, de que são exemplos distúrbios psicológicos e depressão, vergonha, ansiedade e culpa (OLIVA, 2015, p. 62). Afetam, portanto, de forma significativa, a própria personalidade do indivíduo e, inegavelmente, sua dignidade.

Fica claro, portanto, que estas agressões acabam por causar lesar a sua personalidade, em geral sua honra e respeitabilidade perante a sociedade. A honra, classicamente, é dividida em subjetiva e objetiva. A subjetiva liga-se ao bom nome e fama da pessoa na comunidade em que vive, compreendidos aqui os círculos familiares, sociais, profissionais, comerciais etc. Por sua vez, a honra subjetiva se vincula à estima pessoal e a própria dignidade (BITTAR, 2015, p. 201). É fácil notar, conseqüentemente, que o discurso de ódio atinge ambas as dimensões da honra.

A partir destas considerações, importa mencionar a relevância da aplicação da teoria dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflicht*) para a temática do discurso de ódio. Como o uso abusivo da liberdade de expressão costuma ocorrer no curso de relações privadas, a questão passa a ser tratada sob o ângulo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se da perspectiva que analisa a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, da necessidade de se proteger direitos fundamentais de um sujeito privado em face de ações lesivas provenientes de outros entes privados. O tema atrai inegáveis dificuldades pelo fato de que os direitos fundamentais, na condição de normas com elevado grau de abstração, não fornecem contornos exatos quanto aos limites impostos à sua respectiva fruição. Surge, assim, a necessidade de o Estado chamar para si a defesa de um particular, quando ameaçado em seus direitos fundamentais – ou a sua própria dignidade – pela conduta de outro particular. Na prática, o Estado deve garantir que a liberdade de expressão seja exercida entre os particulares

na sociedade de forma não abusiva, ou seja, em harmonia com outros bens de hierarquia constitucional (DUQUE, 2019, p. 304ss).

O tema é relevante, pois indica que o Estado não pode se abster de zelar pela Constituição apenas pelo fato de que as agressões aos direitos ocorrem na esfera privada. Igualmente complexa, como se verá neste estudo, é a intensidade da proteção, que não pode ser efetivada ao ponto de sufocar, de modo desproporcional, as liberdades constitucionalmente asseguradas, em particular a de expressão. Quando se considera que no mundo atual as ameaças provêm em maior quantidade de particulares do que do Estado e dos seus agentes, sobretudo em face da capilaridade e difusão das mídias sociais, cria-se um terreno fértil para numerosas manifestações de ódio (ABBOUD; CAMPOS, 2018, p. 23), que não podem, simplesmente, ser desconsideradas pelo Estado. Feitas estas considerações gerais em relação ao tema, passa-se à exposição do seu tratamento nos diferentes sistemas jurídicos, a começar pelo americano.

4. Discurso de Ódio no Contexto Americano

Seguramente, a análise do conceito de discurso de ódio é marcada pela diferença de tratamento entre os diversos ordenamentos jurídicos, o que é reforçado por questões que se ligam de maneira intrínseca à tradição jurídica predominante em cada Estado. Nesta linha, merecem destaque os casos americano e europeu, recebendo maior atenção neste artigo o caso alemão. Como visto, nos Estados Unidos predomina a noção do livre mercado de ideias, ou seja, da liberdade de expressão, marcada por poucas restrições, desenvolvida sob o manto da doutrina liberal, de forma a haver sua preponderância mesmo em casos em que, segundo a tradição europeia, existam afrontas à igualdade e à dignidade da pessoa humana (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 511).

Neste sentido, as ideias expressadas seriam o meio para o alcance da verdade, em um espaço de “troca, deliberação e competição” (FADEL, 2018, p. 49). O termo foi cunhado no julgamento do caso *Abrams v. United States* pela Suprema Corte norte-americana, em 1919, em que houve a condenação de Abrams pela distribuição de material com críticas ao Presidente Wilson. Em voto dissidente, o Justice Wendell Holmes destacou a importância de se manter na democracia um livre mercado de ideias. Neste sistema, as melhores ideias triunfariam sobre as demais e teriam maior aceitação (NUNZIATO, 2019, 1520).⁵

O mercado de ideias está calcado no pensamento de John Stuart Mill, através de sua obra intitulada “Sobre a Liberdade” (*On Liberty*), para quem as ideias não deveriam ser reprimidas, pois, se elas estivessem certas, quem tivesse a opinião errada não teria a oportunidade de mudá-la. Outros argumentos trazidos pelo autor se conectam à infalibilidade dos indivíduos, dado que estes não detêm autoridade para decidir por toda a humanidade e excluem os demais do processo decisório (MILL, 2001, p. 19). A doutrina de Mill, então, diretamente vinculada com o liberalismo, prega a livre circulação de ideias, sem que fosse possível ao Estado exercer qualquer forma de censura ou de repressão. Em uma das clássicas passagens do autor na obra que se refere, combate a certeza das ideias com uma relação com o tempo, é dizer, certas afirmações verdadeiras podem ser consideradas suprimidas no curso

⁵ No caso em questão, houve a condenação de imigrantes russos com base na Lei de Espionagem (*Espionage Act*) pela publicação de panfletos, em 1918, que encorajavam resistência aos Estados Unidos na guerra com a Alemanha e uma greve geral dos trabalhadores de fábricas de produtos bélicos para reduzir a produção de munição essencial para a continuidade da guerra. No voto divergente do Juiz Oliver Wendell Holmes está expresso: “o bem desejado supremo é melhor alcançado pela livre troca de ideias (*free trade in ideas*). Ainda, o Estado não deveria interferir na livre troca de ideias considerada perigosa pelo governo, a menos que tal interferência fosse necessária para prevenir um perigo provável de ocorrer. Segundo ainda Holmes, as ideias defendidas pelos réus deveriam competir com outras ideias no mercado, sem que o governo fosse autorizado a censurá-los ou puni-los. (NUNZIATO, 2019, p. 1525). A expressão “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*) foi empregada em sua literalidade, contudo, apenas em 1953, no julgamento do caso *United States v. Rumely*, no voto concorrente do Juiz William O. Douglas (NUNZIATO, 2019, p. 1.523).

da história, até que, devido a circunstâncias favoráveis de um tempo, esta escapa à supressão e perseguição (MILL, 1859, p. 29).

Uma das únicas exceções que, na visão de Mill, justificaria uma restrição à liberdade de expressão, está calcada na noção de dano. Porém, não qualquer tipo de dano, mas apenas os de ordem física ou econômica. Isto porque os chamados danos aos direitos de personalidade, ao contrário daqueles, não podem ser objetivamente mensuráveis, já que marcados por elevado grau de subjetividade (FADEL, 2018, p. 26-27).

Contudo, as condições a que estão submetidas o mercado de ideias fazem com que seu funcionamento fique inviabilizado. Em uma sociedade democrática, todos os cidadãos têm direito à dignidade, não discriminação e liberdade de participação, de forma a se encontrarem no núcleo da Primeira Emenda. Assim, o mercado de ideias exige para seu adequado funcionamento que haja proteção a tais valores. Ocorre que em uma comunidade que protege o discurso de ódio, estes se encontram ameaçados, pois afastam os cidadãos da participação democrática e ainda os privam da proteção constitucional da igualdade, fazendo inclusive com que tenham que alterar seu comportamento, mudar a escolha do seu bairro, deixar seus empregos etc. O quadro que se delineia demonstra que a aplicação do princípio da liberdade de expressão de modo absoluto ao discurso de ódio faz com que as suas vítimas sofram o ônus desproporcional da promoção do livre discurso (MATSUDA, 1989, p. 2376), é dizer, do mercado de ideias.

Essa inviabilização do mercado de ideias ocorre, em grande parte, pela proteção legal do discurso de ódio. Por conseguinte, pode se afirmar que existe uma ligação entre o direito e o discurso odioso, no que se inclui aquele racista, pela verificação dos seguintes elementos: (i) criação de exceções relacionadas à Primeira Emenda para o discurso odioso racista, é dizer, a proteção deste discurso sob a alegação de necessidade do livre debate; (ii) não reconhecimento de valores que devem ser igualmente considerados em casos envolvam a liberdade de expressão, como a igualdade e (iii) a recusa em

perceber que a proteção do discurso de ódio é uma forma de autorização estatal, quando decide por não reprimi-los. Caso não houvesse o suporte estatal, o discurso de ódio não seria tão eficiente em causar danos às suas vítimas (MATSUDA, 1989, 2375ss). Nessa linha, se afirma que muitas pessoas têm o acesso negado ao mercado de ideias em virtude do preconceito que sofrem ligado não apenas à raça, mas também a gênero, orientação sexual ou status econômico, o que, na mesma ideia, privilegia pessoas em relação ao acesso ao mercado com base nestes mesmos (arbitrários) fatores (FRANKS, 2019, p. 309).

Ainda, uma das mais importantes funções da liberdade de expressão está baseada na ideia de autonomia do orador, uma vez que quando se faz uso desta liberdade, também há uma definição daquele que fala, dado que vêm à tona as características e crenças pessoais que constituem o indivíduo. A Primeira Emenda,⁶ então, cumpre um papel de viabilização da expressão do espírito humano e dos posicionamentos com o mundo e, por conseguinte, tem-se que uma das melhores maneiras de expansão da sua autonomia é fazer recomendações e fornecer ideias para uma discussão, o que se torna possível apenas se a pessoa pode falar livremente sem temor de qualquer tipo de perseguição (LANE, 2019, p. 480).

Em relação às limitações encontradas, estas dizem respeito a aspectos que se fazem extremamente necessários e são indispensáveis para a manutenção da ordem e da paz pública. Diferentemente do tratamento alemão, os Estados Unidos não desenvolveram limites que se ligam diretamente à proteção dos direitos fundamentais dos ofendidos ou da sua dignidade (SARMENTO, 2006, p. 9). Isto fica claro na doutrina das *fighting words*, desenvolvida no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* julgado pela

⁶ Prevê a Primeira Emenda que “O Congresso não legislará sobre o estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão, de imprensa; ou o direito das pessoas pacificamente se reunirem, e para peticionar ao Governo para a reparação de seus agravos.” (Tradução nossa). (UNITED STATES, 1791, p. 29).

Suprema Corte, julgado em 1942.⁷ No direito norte-americano estas palavras provocadoras devem ter a capacidade de provocar uma retaliação e causar, assim, uma quebra da paz (KAHN, 2006, p. 166). Outro limite a ser citado é a incitação à prática de ações ilegais, conforme definido em *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 1969. Neste julgado, a Suprema Corte assentou que as restrições admitidas à liberdade de expressão se justificam em face de situações capazes de incitar ou produzir ações iminentemente ilegais.⁸

Significativo da relevância da liberdade de expressão nos Estados Unidos é a proibição contida na Primeira Emenda sobre o cerceamento deste

⁷ As *fighting words*, que significam palavras provocadoras ou de luta, envolvem o proferimento de discursos que tenham a capacidade de gerar a quebra da paz pública. O caso tratava de uma Testemunha de Jeová que estava distribuindo folhetos religiosos e que foi instruída a suspender sua propagação pelo xerife, motivo pelo qual passou a insultá-lo, sendo, então, presa por violação da proibição de proferimentos de ofensas em público. Segundo a opinião da Corte, a “existem certas classes de discurso bem definidas, cuja prevenção e punição não levantam problemas constitucionais. De acordo com parte da doutrina norte-americana, a busca da verdade e a livre troca de ideias, que são pregadas pela Primeira Emenda, não são favorecidas por discursos de ódio que contenham palavras ameaçadoras (TSESIS, 2009, p. 502).

⁸ A proibição de discursos que levem a práticas ilegais teve seu marco em uma decisão da Suprema Corte norte-americana, em 1919, no caso *Schenck v. United States*. No caso, o secretário geral do Partido Socialista havia enviado folhetos para homens que haviam sido convocados para servirem na Primeira Guerra Mundial, alegando que havia um direito constitucional de se opor à convocação, de modo que deveriam fazer a sua parte para manter e apoiar os direitos das pessoas daquele país. O Juiz Holmes na ocasião, em um julgamento unânime, formulou o teste do dano claro e presente – *clear and present danger test*. Após, no caso *Abrams v. United States*, em 1919, a Suprema Corte manteve a condenação de cinco imigrantes russos que haviam distribuído panfletos para trabalhadores de fábricas de munição. Os folhetos descreviam o Presidente Wilson como um hipócrita e denunciaria o envolvimento americano na Primeira Guerra Mundial como um estratagema capitalista para intervir na Revolução Russa, reclamando uma resposta adequada, que seria a greve geral. A maioria da Corte decidiu pela condenação dos réus, em razão da tentativa de intervenção nos planos de guerra americanos. Os Juízes Brandeis e Holmes tiveram votos divergentes. Holmes substituiu o termo “presente” (*present*) por “iminente” (*imminent*), e concluiu que não havia dano iminente pela publicação dos folhetos tolos por homens desconhecidos”. Já em *Brandenburg v. Ohio*, houve uma moderna formulação de incitação do *clear and present danger test*. Na espécie, o líder da Ku Klux Klan, em Ohio, convidou um repórter para participar de uma reunião do grupo, e a gravação do repórter foi exibida na televisão, a qual mostrava membros encapuzados incinerando cruzeiros e proferindo palavras preconceituosas contra minorias. O filme também mostrava o apelante afirmando que o grupo de que participava não era vingativo, mas se o Presidente, o Congresso ou a Suprema Corte continuassem a suprimir a raça branca, algum ato de vingança poderia ser tomado. A Suprema Corte reverteu a condenação criminal de *Brandenburg*, dado que não havia uma incitação apta a produzir uma ação iminentemente ilegal e provável de ocorrer (DOW, 1998, p. 1.219-1.233).

direito pelo legislador ordinário, existindo mesmo uma presunção de invalidade das tentativas governamentais de proibir, punir ou regular a expressão, em especial quando digam respeito a questões de relevância para os governos e a ordem pública. Defende-se, assim, um debate que seja o mais amplo possível, robusto e sem embaraços (HAUPT, 2005, p. 317). Por seu turno, as leis que porventura venham a limitar a liberdade de expressão não são admitidas se discriminarem apenas um conteúdo (*content-based viewpoint ou content neutrality*) (KAHN, 2006, p. 172).

Em relação à liberdade de expressão na Internet, a legislação americana, através do *Communications Decency Act* (CDA), §230, oferece uma superproteção às manifestações feitas nos ambientes virtuais. Isso porque referido artigo prevê que nenhum provedor deve ser responsabilizado por conteúdos publicados por terceiros. A maioria das tribunais tem interpretado o dispositivo como uma espécie de imunidade para os operadores de sites ou blogs contra a responsabilidade por conteúdo de terceiros, mesmo nos casos em que o operador do site ou blog, tendo conhecimento de seu conteúdo difamatório, não procede à sua remoção (SOLOVE, 2012, p. 24). Não existe, assim, como se verá mais adiante, o mecanismo denominado *notice and take down*,⁹ em que, após feita a notificação do conteúdo ilícito e tal caráter tendo sido verificado, deve haver sua retirada, embora parte da doutrina defenda sua implantação. Nesse sentido, propugna-se pela responsabilidade, caso não haja a retirada do comentário que se considere ilegal (*tortious*).¹⁰

Referido mecanismo do *notice and take down* aparece na legislação sobre direito autoral *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). A legislação

⁹ “O *notice and take down* é um mecanismo em que o intermediário de internet é instado diretamente por um privado para remover ou desabilitar acesso à informação em resposta a uma violação de seus direitos ou da lei. É tarefa do intermediário avaliar se tal reclamação possui fundamento e se o conteúdo é, de fato, infringente ou ilegal. Baseado nessa avaliação, o intermediário deve decidir remover o conteúdo denunciado ou mantê-lo disponível. É, então, um processo de dois estágios, em que tanto o titular de direitos como os intermediários estão envolvidos no cumprimento de direitos na Internet” (KUCZERAWY, 2019, p. 3).

¹⁰ *Tortious* se refere a atos que possam justificar ações de responsabilidade como difamação e inflição por sofrimento emocional (LEITER, 2019, p. 155).

prevê que não haverá responsabilização após uma notificação por violação de direito autoral caso se responda de forma célere para remover ou indisponibilizar o acesso ao material em questão. Desta forma, vê-se uma lacuna no que tange à proteção da privacidade e da imagem das vítimas na internet em solo americano, o que tem causado críticas da doutrina, que vê uma exaltação das manifestações sobre a liberdade de expressão, de modo que deve haver um balanço no exercício destes direitos (SOLOVE, 2012, p. 25-27).

Tendo sido feitas estas considerações sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos, importa iniciar um escrutínio sobre a liberdade de expressão no Brasil.

5. A Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988

A liberdade de expressão é um dos direitos de maior importância para a pessoa, sendo também essencial para a expressão da vontade popular na direção política dos Estados democráticos, bem como para a manifestação do pensamento em geral, o que se conecta diretamente à garantia do livre desenvolvimento da personalidade. Na Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão está prevista no inciso IV, o qual prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A tal dispositivo podem ser conectados outros constantes do rol de direitos fundamentais, como o direito à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e o direito à “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX). Outros dispositivos se encontram dispersos na Constituição Federal, tal como o art. 206, II que dispõe sobre a liberdade no âmbito do ensino e o art. 220, ligado à liberdade da manifestação do pensamento em meios de comunicação (SARLET, 2018, p. 499).

O Brasil também se vincula à liberdade de expressão através de documentos internacionais de direitos humanos, dentre os quais está a

Convenção Americana de Direitos Humanos. Prevê este documento, em seu art. 13, que a toda pessoa é garantida a liberdade de pensamento e expressão, podendo buscar, receber e difundir ideias de qualquer natureza. Em seu inciso II há a previsão de vedação à censura prévia, além dos limites aplicáveis, descritos como o respeito ao direito e reputação de terceiros e a “proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. Outro documento internacional que deve ser destacado pela sua importância é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual prescreve, no art. 19, a liberdade de expressão em termos similares aos da Convenção Americana de Direitos Humanos, com os mesmos limites aplicáveis. Estas previsões demonstram que, além de ser um direito fundamental dotado de grande essencialidade à democracia e à vida política de uma sociedade, é um direito humano, previsto em diversas convenções internacionais e base para o exercício de diversos outros direitos.

Pode-se afirmar que a liberdade de expressão tem sua base na garantia de livre desenvolvimento da personalidade, o qual pode ser tido como um “direito-mãe” (*Muttergrundrecht*), do qual derivam inúmeros direitos fundamentais (DUQUE, 2019, p. 101). Assim, este direito deve ser entendido em sentido amplo, abarcando todo julgamento, avaliação, comentário, de interesse público ou não, que sejam tidas por valiosas ou não, uma vez que, em uma democracia tida por livre e pluralista, seria uma contradição proceder a tal divisão. A ideia nesta afirmação reside em envolver no direito tudo aquilo que é passível de ser comunicado (MENDES; BRANCO, 2019, p. 268).

Cumprir lembrar ainda que a liberdade de expressão comporta duas dimensões, subjetiva e objetiva. Em uma dimensão subjetiva, agindo como direito subjetivo individual ou coletivo, de matriz negativa, tem por consequência deveres de abstenção, na esteira do chamado *status* negativo de JELLINEK (1919, p.87). Nesse aspecto, também pode se dizer que a pessoa pode escolher manifestar suas ideias ou juízos de valor em relação a determinada situação ou assunto ou não (MEYER-PFLUG, 2009, p. 34). Em

relação a sua dimensão objetiva, se direciona a deveres de proteção do Estado, o que é realizado, de forma parcial, pela criação do Conselho de Comunicação Social, previsto no art. 224 da CRFB/88 (SARLET, 2018, p. 502).

Assim como outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é um direito absoluto (DUQUE, 2014, p. 312) e está sujeita a diversas restrições, sejam elas previstas nas Constituições, tratados ou leis infraconstitucionais. No Brasil, tem se afirmado que este direito possui uma posição preferencial (*preferred position*), embora o Supremo Tribunal Federal não a tenha adotado de forma permanente e uniforme (SARLET, 2018, p. 505). Na prática judiciária, essa afirmação remete a uma vantagem que lhe é conferida quando da resolução de um conflito entre bens jurídico-fundamentais, o que demandará também atenção ao preceito da proporcionalidade. A primeira diz respeito à censura, proibida expressamente pela Constituição Federal em seu art. 5º, IX, entendida não apenas como a censura administrativa, mas outras formas de limitação ou proibição da liberdade de expressão de forma prévia (SARLET, 2018, p. 506).

Decorrente dessa posição preferencial e da relevância do direito, afirma-se que a liberdade de expressão só pode ser limitada em situações excepcionais, quando se encontrar em conflito com outros direitos, uma vez que a regra é que os abusos e lesões sejam indenizados posteriormente. Esta, a propósito, é a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal chegou no julgado que concluiu pela constitucionalidade da divulgação de biografias não autorizadas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015), sob a lógica de que não é pelo temor do abuso que se deve coibir o uso.

Outro limite a ser citado é a proibição de anonimato, nos termos do art. 5º, IV da CRFB/88, pelo fato de que o anonimato pode servir para evitar a responsabilização por danos causados a terceiros, em virtude de ataques à honra, intimidade, vida privada, imagem ou valores como segurança e bem-estar da sociedade. Deste modo, pode-se concluir que a proibição do anonimato se constitui em um dos ônus da liberdade de expressão (FARIAS, 2004, p.

183), dado que não se pode pensar em uma sociedade em que o livre debate de ideias ocorra sem que o sistema jurídico forneça subsídios para evitar ou diminuir os danos decorrentes do abuso do direito. Caso contrário, a omissão na previsão de tal proibição favoreceria práticas que refogem ao âmbito do direito em questão. Esta proibição se justifica pelo fato de que sob o manto do anonimato, aumentam-se as chances de manifestações irrefletidas, na confiança da não responsabilização posterior. Neste sentido, a respectiva proibição visa a resguardar a honra subjetiva das pessoas (DUQUE, 2014, p. 314).

Importa compreender que o discurso de ódio, por sua natureza e conteúdo, não está protegido pela liberdade de expressão. A ideia aqui é que não se pode recorrer à liberdade de manifestação do pensamento com a finalidade de se negar a ordem de valores consagrada pela Constituição. Fundamento para tanto é que o recurso a eventuais “fins supremos” do ordenamento jurídico não pode servir de meio para ludibriar a Constituição (HESSE, 1999, Rdn. 33).

No contexto brasileiro, pode-se referir ainda o julgado decidido pelo STF em sede de Habeas Corpus (134.682/BA), no qual houve a discussão sobre o crime de racismo religioso. O caso versava sobre a edição de um livro, por um padre, no qual havia conteúdo discriminatório à doutrina espírita. O relator, Ministro Edson Fachin, expôs que o livro não incitava os fiéis a eliminarem pessoas vinculadas ao espiritismo, mas apenas fazia uma hierarquização das religiões. Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso assentou que o único grande limite para a liberdade de expressão é o *hate speech* e o caso não trata deste, dado que não haveria um grupo historicamente vulnerável.

Este caso trata dos direitos fundamentais à honra e à igualdade do grupo atacado (espíritas) e do direito à liberdade de expressão do autor da obra. Embora o autor tenha liberdade de expressar sua opinião e pensamento através de escritos, estes não se podem dar em detrimento de terceiros e

da ordem constitucional. Todavia, a situação se difere das demais por (i) se tratar de liberdade religiosa, que recebe especial proteção por envolver defesa de credos e (ii) porque não foi identificado um grupo historicamente vulnerável. Outrossim, segundo o Relator, a afirmação da superioridade de uma religião em relação às outras, embora possa ser preconceituosa, pedante e prepotente é protegida pela liberdade de expressão religiosa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em relação à negativa de fatos históricos, importa trazer à baila o caso Ellwanger (BRASIL, 2003, HC 82.424/RS), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se decidiu que a liberdade de expressão não se presta à salvaguarda de condutas ilícitas, como o racismo.¹¹ Embora a fundamentação dos votos tenha se dado em sentidos diversos, o julgamento do caso é um marco no direito brasileiro por representar parâmetros mínimos para a interpretação da liberdade de expressão. Assim, a partir deste precedente, tem-se que a liberdade de expressão não é absoluta, ou seja, sujeita-se a limites especialmente em se tratando de grupos vulneráveis, como é o caso dos judeus (OLIVA, 2015, p. 203-204). Ainda, o caso evidenciou que proferimentos de fatos não verdadeiros não são abrangidos pela liberdade de expressão, pois não contribuem para a formação do debate público, o que se aproxima do entendimento do Tribunal Constitucional Federal em relação também à negação do holocausto.¹²

¹¹ O paciente havia sido condenado a dois anos de reclusão, havendo a suspensão condicional da pena por quatro anos, em razão do cometimento do crime de racismo contra judeus. Os fatos que lhe foram imputados diziam respeito à edição de livros antissemitas, dentre eles a obra intitulada: “Holocausto judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”. A defesa do paciente alegava a ocorrência da prescrição, visto que havia se passado mais de cinco anos desde o recebimento da denúncia e a pena imposta de dois anos de reclusão. O crime de racismo, assim, não lhe poderia ser imputado, uma vez que os judeus não seriam uma raça. O julgamento confirmou a pena de dois anos imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mas, ao serem analisados os votos dos ministros, fica patente a divergência sobre a concepção de liberdade de expressão a ser adotada. Dentre os motivos que guiaram os votos vencedores estão a prevalência do princípio da igualdade e da dignidade dos ofendidos e o combate da ideia de hierarquia entre os seres humanos, no potencial de motivar grupos nazistas, a necessária proteção de minorias vulneráveis e a não abrangência de fatos criminosos pela liberdade de expressão.

¹² BVerfGE, BvR 673/18.

Os votos divergentes no caso *Ellwanger* possuem uma orientação voltada ao direito norte-americano, o que pode ser visto pela manifestação do Ministro Marco Aurelio Mello, ao expor que não se pode limitar o conteúdo da liberdade de expressão, nem seria admitido um receio abstrato ou subjetivo que não seja pautado por expectativas concretas de situações de ódio na sociedade brasileira. O voto do Ministro Carlos Ayres Britto, embora com argumentos distintos, também pondera que a liberdade de expressão deve prevalecer, pois não existiria uma provocação, induzimento para uma ação. Este entendimento guarda relação com a mencionada doutrina das *Fighting words*. Além disso, pondera que se trata de manifestar convicções políticas, o que também no direito americano tem especial importância para a Suprema Corte (ZIPURSKY, 2019, p. 1343).

O importante quando se fala em restrições é o equilíbrio de posições, não podendo haver a completa anulação do desenvolvimento de tais direitos, pois o sistema de direitos fundamentais vigente aponta para a necessidade de vigência mínima destes nas relações jurídicas. A liberdade a que aqui se faz referência é uma liberdade guiada pelos princípios constitucionais, conforme as leis que instrumentalizam os preceitos jurídico-constitucionais, a qual se faz necessária para a aplicação da Constituição na dinâmica da sociedade (DUQUE, 2014, p. 343-344). Proceder ao equilíbrio de posições é uma tarefa que se revela assaz complexa, tendo em vista as nuances que merecem análise no caso concreto, notadamente pela necessidade de julgamento do âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Ainda, para que os danos advindos do proferimento de discursos ofensivos e odiosos sejam minimizados, o ordenamento jurídico assegura a reparação dos danos. Na esfera civil, em se tratando de ofensa aos direitos de personalidade, o art. 12 do Código Civil assegura a reparação em caso de sua violação, bem como a tutela judicial para a cessação do dano. A responsabilidade civil, nos termos do art. 187 do CC, pode vir a ser apurada

para que se reclame indenização pecuniária em virtude da violação aos direitos da personalidade, dentre os quais se inclui a honra.

Atualmente, muitos direitos fundamentais, inclusive de personalidade, podem ser violados através das redes sociais, dada a facilidade de acesso e sua popularização, fazendo com que se transmute, assim como a internet em geral, em um novo fórum público¹³ de expressão do século (ZIPURSKY, 2019, p. 1373). Para fazer frente a esse novo espaço de expressão dos privados, o

¹³ A doutrina do fórum público (*public forum doctrine*) tem origem no direito norte-americano, a qual tem como função proteger a liberdade de expressão e estabelecer parâmetros para o discurso que ocorra em lugares públicos, de modo a ser aplicado o padrão de proteção oferecido pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Esta doutrina tem sua importância no fato de que não basta proteger a liberdade de expressão abstratamente considerada, mas também o lugar em que se dá. Seu precedente está em *Hague v. CIO*, em que o prefeito de uma cidade tentava proibir a reunião de um sindicato com base em uma lei municipal que proibia encontros públicos sem a autorização da cidade. A Suprema Corte considerou inconstitucional a legislação, afirmando que ruas e parques têm sido usados para propósitos de reunião, de comunicação de pensamentos entre cidadãos e, tal uso, desde os tempos antigos, tem sido parte de imunidades, privilégios, direitos e liberdades dos cidadãos. Em *Schneider v. State of New Jersey*, a Suprema Corte expandiu a noção de fórum público, de modo a julgar inconstitucional uma lei que proibia a distribuição de panfletos em uma propriedade pública, mesmo que isso criasse o ônus de limpeza para a cidade. Assim, determinou a Corte que ruas públicas, calçadas e parques devem gozar da maior proteção em relação a atividades comunicativas das pessoas contra atividades governamentais. A consideração do *public forum* foi estendida pela mesma Corte para locais privados, como se deu em *Marsh v. Alabama*, em que a Corte definiu que uma cidade possuída por uma companhia privada não pode cercear a liberdade de expressão. Segundo a Corte quanto mais se abre a propriedade para uso público, mais a cidade fica circunscrita à observância dos direitos constitucionais dos usuários. Em relação às redes sociais, em 2017, a mesma Suprema Corte, em *Packingham v. North Carolina* definiu que a Lei da Carolina do Norte que tornava crime o acesso de agressores sexuais a redes sociais que permitam usuários menores. A Corte julgou a lei inconstitucional por supressão do discurso legal protegido pela Primeira Emenda, entendendo, assim, redes sociais como tradicionais fóruns públicos, denominando a internet como moderna praça pública (*modern public square*). Tomando como base esse último julgado, a doutrina considera que há razões para considerar as redes sociais fóruns públicos, devendo ser aplicados os mesmos princípios dos espaços físicos. Ainda, quando uma propriedade se abre suficientemente para o público, este pode impor seus direitos constitucionais contra os atores privados, como a liberdade de expressão. Com o fim de estabelecer parâmetros para o enquadramento de redes sociais como fóruns públicos, deve ser analisado se: (i) tamanho: o número de usuários mensais e a influência que o site tem sobre o público geral; (ii) propósito do site: o propósito com o qual os indivíduos utilizam a plataforma, a finalidade desta, bem como se é limitada a tópicos específicos de comunicação; (iii) similaridades das plataformas com fóruns físicos: se as plataformas se assemelham a um parque público ou a uma banca de jornal. Tomando em consideração estes elementos citados, pode-se afirmar que redes sociais como Facebook e Twitter preenchem estes requisitos, o que não apenas os torna fóruns públicos, mas também os sujeita à Primeira Emenda, é dizer, ao respeito à liberdade de expressão, como vista, tida como direito sujeito a poucas limitações em terras norte-americanas (LANE, 2019, p. 480ss).

Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) prevê a remoção de conteúdos ilícitos da rede em geral. Entretanto, ao contrário do que prevê a legislação alemã, não há referência específica às redes sociais. Entre nós, a responsabilidade do provedor se inicia apenas após ordem judicial específica. Portanto, o sistema brasileiro é denominado de reserva de jurisdição, por prever que a responsabilidade do provedor se dará se, após ordem judicial expressa (art. 19),¹⁴ não houver o cumprimento da obrigação.

Caso o conteúdo diga respeito a atos de nudez ou a atos sexuais de caráter privado, pode haver a responsabilização do provedor por não atender à notificação sobre a remoção pelo participante ou representante legal (art. 21). Pode-se afirmar, ao menos neste contexto, que o modelo brasileiro privilegia a liberdade de expressão em desfavor dos direitos fundamentais das vítimas de discurso de ódio nas redes sociais. O inverso ocorre na Alemanha, que adota o modelo de autorregulação regulada (CUEVA, 2018, p. 169), que prevê que o provedor deve retirar o conteúdo que for considerado ilícito, após reclamação do ofendido, uma vez que a ofensa a direitos fundamentais das vítimas pode ser mitigada pela célere remoção da publicação danosa.¹⁵ A Comissão Europeia entende que as manifestações de incitação ao ódio nas redes sociais, por seu potencial danoso, devem ser removidas pelas próprias redes sociais, sendo a decisão-quadro¹⁶ a fonte para a definição dos conteúdos ilegais (CUEVA, 2018, p. 169s.).

¹⁴ Foi reconhecida repercussão geral ao art. 19 da Lei do Marco Civil da Internet pelo STF (tema 987), assim registrado: 987 - Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

¹⁵ O modelo de autorregulação regulada é um modelo de regulação indireta, considerado como um novo instituto de direito administrativo, fundada na cooperação entre atores públicos e privados, dada a nova complexidade social, nesse caso, referente aos desafios impostos pelas novas tecnologias ao Estado. Isso porque supre-se um déficit de conhecimento em áreas tecnológicas de que o Estado não dispõe, fazendo com que esse, ao invés de adotar um modelo de regulação mais direta, com as autarquias, opte por um modelo de regulação indireta e imponha a adoção de procedimentos pelas plataformas (ABBOUD; CAMPOS, 2018, p. 27ss).

¹⁶ A decisão-quadro (2008/913, de 28 de novembro de 2008) sobre a luta contra certas formas e manifestações de racismo e de xenofobia por meio do direito penal obriga os Estados-

Registre-se que no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 7.716/1989 define os tipos penais para o crime de racismo, atendendo ao mandamento constitucional de sua criminalização (art. 5º, XLII). Esta é uma Lei importante para a criminalização de condutas ligadas ao ódio, mais especificamente ao racismo. Este diploma legislativo, diga-se de passagem, serviu de base para a manutenção da condenação no caso Ellwanger.

Para analisar como o direito comparado lida com este novo quadro em que se desenvolve a liberdade de expressão, considerando também o advento das novas tecnologias e seus desafios para a proteção de direitos fundamentais, será analisado o modelo alemão, o qual tem se mostrado pioneiro na salvaguarda de bens jurídico-constitucionais no âmbito digital. Além disso, o estudo de seu quadro normativo se mostra importante em razão da tradição desenvolvida na doutrina de direitos fundamentais, a qual veio a exercer grande influência no direito constitucional brasileiro.

6. Discurso de Ódio no Direito Comparado: o Panorama Alemão

O discurso de ódio no quadro europeu recebe tratamento diametralmente oposto àquele conferido pelo sistema jurídico norte-americano, o que faz com que as comparações entre a sistemática do discurso de ódio nos ordenamentos jurídicos envolvam, em geral, Estados Unidos e a Europa Continental, em especial a Alemanha. Neste país, a proteção da dignidade dos ofendidos pelos discursos de ódio tende a prevalecer quando em conflito com a liberdade de expressão, ainda que esta liberdade se afirme como um direito de especial importância. Por isso, há quem diga que os Estados Unidos nivelam o discurso para baixo, com o benefício de limitar, consideravelmente, a admissão de restrições à liberdade de expressão, enquanto a Alemanha nivela para cima, com o custo de limitar o âmbito dos

membros da União Europeia a condenar penalmente os autores de discursos odiosos e xenófobos.

discursos admitidos (BRUGGER, 2007, p. 127). A liberdade de expressão está prevista no art. 5º da Lei Fundamental, e prevê que os limites se encontram nas prescrições das leis gerais,¹⁷ nos regulamentos legais para a proteção dos jovens e na honra pessoal. Embora esta liberdade seja garantida pela Lei Fundamental, algumas leis têm limitado a liberdade de expressão, como é o caso da negação do holocausto ou da aprovação do regime nacional-socialista, previstas no art. 130 do Código Penal alemão.

As negações podem ser simples ou qualificadas, sendo as primeiras aquelas que apenas negam o genocídio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. Qualificadas, quando são acompanhadas por “conclusões adicionais”, bem como quando conclamam à ação violenta (BRUGGER, 2007, p. 130). Ambas as condutas, negar de modo simples ou qualificado, são consideradas crimes. Segundo o Tribunal, as opiniões que não contribuem em nada para o processo de formação de opinião, deliberadamente falsas, não são protegidas pela liberdade de expressão. Mesmo que as declarações sobre fatos tenham sido feitas em conjunto com a manifestação de opinião, não há motivo para uma conclusão diferente. Tais manifestações colocam em risco o discurso político pacífico e têm como alvo grupos de pessoas dentro da sociedade, sendo que a negação destes eventos é usada para instigar ações hostis contra estes grupos.¹⁸

Em virtude de muitos ataques ocorrerem no âmbito das redes sociais, recentemente a Alemanha editou a Lei de Aplicação da Rede (NetzDG), a qual prevê que as redes sociais devem remover o conteúdo que se mostrar manifestamente ilegal no prazo de vinte e quatro horas, e as demais em sete dias.¹⁹ Implementou-se, então, um procedimento denominado *notice and take*

¹⁷ A exigência de as leis serem gerais se liga à proibição de se atingir determinadas opiniões, ou seja, remete-se, aqui à necessidade da neutralidade de opinião como requisito necessário a ser observada no processo legislativo (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 516).

¹⁸ BVerfGE, BvR 673/18.

¹⁹ A doutrina afirma que quando o Estado impõe a uma entidade A o controle do discurso de outra entidade B, sob pena de multa à A ou outra punição, existe uma censura colateral (*collateral censorship*), a qual impõe um dever de regulação do discurso em nome do Estado (BALKIN, 2018, p. 2016s).

down,²⁰ pois o § 3, 2, 1, prevê que os provedores devem tomar conhecimento imediato da reclamação e, se comprovado ser ilícito, retirá-lo ou bloquear o seu acesso.²¹

A Lei se aplica a redes sociais com mais de dois milhões de usuários na Alemanha, excluindo-se os serviços de mensagens. A ideia é que os discursos sejam removidos para que os danos sejam minimizados, visto que a propagação do conteúdo nas redes sociais se dá rapidamente, aumentando inclusive os danos psicológicos. Contudo, muitas críticas têm sido feitas à Lei alemã, em virtude da vagueza do termo “manifestamente ilegal”, o que não permite que se tenha uma precisão do seu conteúdo, considerando que existe uma dificuldade adicional quando se fala em redes sociais, que se dá pelo fato de as grandes companhias estarem baseadas nos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão é garantida de modo quase absoluto (ZIPURSKY, 2019, p. 1.365ss).

Outras críticas à Lei se situam no conteúdo a ser retirado, pois não se tem uma hierarquia em relação às manifestações que deveriam ter sua retirada priorizada. Estas situações podem contribuir para que haja uma retração nas manifestações na internet, em virtude do receio de haver um procedimento de remoção (ZIPURSKY, 2019, p. 1.329ss). Nesse sentido, algumas manifestações consideradas como protegidas pela liberdade de expressão, por serem jocosas, foram removidas pelo Twitter (ARTICLE 19, 2018, p. 9). Outras situações são citadas, como o esfriamento do debate político (*chilling effect*), pelo receio de manifestações mais críticas serem consideradas extremistas.

O enfoque alemão diverge daquele dado pela Conselho de Direitos Humanos da ONU, através da Declaração de liberdade de expressão, lançada

²⁰ Remeta-se, neste particular ao capítulo 4.

²¹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, analisando o dispositivo legal em questão, haveria uma “espécie de procedimento de *notice and take down*”, o qual já estava elencado nos artigos 14 e 15 da Diretiva 2000/31 do Parlamento Europeu, a qual regula o e-commerce (SARLET, 2019, p. 1.222).

em março de 2017, em que o Relator Especial declarou o comprometimento do Conselho com a liberdade de expressão na internet. A diferença, contudo, do tratamento dado pelo Conselho de Direitos Humanos em relação à Alemanha é que aquele está comprometido com a prevenção da censura (ZIPURSKY, 2019, p. 1345ss.). Outra preocupação reside na delegação da decisão de retirar o conteúdo para corporações privadas, de modo que estas poderiam ser zelosas demais, a fim de cumprirem com as prescrições normativas, e acabarem retirando manifestações legítimas (ARTICLE 19, 2018, p.33). Assim, as empresas tendem a privilegiar a retirada do conteúdo, sem considerar o entendimento pelos tribunais no sentido de ser a liberdade de expressão um valor especial, ou seja, as apreciações de valor dos tribunais e empresas se dariam em sentidos opostos. Esta preocupação não se dá apenas no âmbito europeu, visto que na Declaração conjunta do vigésimo aniversário: desafios para a liberdade de expressão na próxima década, adotada por vários órgãos, inclusive pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2019), resta expressa a importância de supervisão das corporações privadas na internet para que não haja uma ameaça à liberdade de expressão.

Contudo, em que pese estas críticas feitas pela doutrina, a Lei tem o benefício de ser um instrumento de proteção de valores e de direitos fundamentais, como aqueles da honra e da igualdade. Ao prever que os conteúdos ilícitos sejam retirados em 24 horas, a Alemanha resguarda a dignidade humana, valor fundante do ordenamento jurídico, fazendo com que manifestações de ódio não afetem direitos da personalidade ou sejam minimizados. De acordo com o relatório semestral do Facebook fornecido em janeiro de 2020, foram registradas 3087 denúncias sobre conteúdo ilegal, sendo a maioria por insulto (1.373), difamação (1.237), difamação intencional (1099) e incitação ao ódio (880). De um total de 1373 reclamações por insulto, foram removidos/bloqueados 270 conteúdos; das 1237 de difamação, a remoção/bloqueio atingiu 174 conteúdos; em relação à difamação intencional

foram 151 remoções/bloqueios e, por fim, a incitação ao ódio teve 162 conteúdos deletados/bloqueados. O Facebook ainda informa que mantém uma equipe de 125 funcionários trabalhando na análise dos conteúdos, o que inclui uma equipe de dois advogados (FACEBOOK, 2020, p. 4ss).

De acordo com o exposto, pode-se perceber que a NetzDG oferece aos usuários possibilidades para verem conteúdos odiosos removidos de forma célere. Embora restem indagações iniciais sobre o grau de restrição que a Lei pode causar em relação à liberdade de expressão, esta resguarda de forma efetiva os direitos de personalidade das vítimas de discurso de ódio, pelos mecanismos criados pelas empresas e impostos legalmente. De modo oposto ao alemão, o sistema brasileiro ainda depende da notificação judicial para que haja a remoção do conteúdo, em um sistema de reserva de jurisdição, que resguarda a liberdade de expressão em detrimento de direitos da personalidade.

Por fim, cumpre reportar que, na data de 03 de julho de 2020, o Parlamento alemão aprovou um pacote de medidas legislativas de natureza penal, com a específica finalidade de combater o extremismo de direita e os crimes de ódio praticados na internet, sendo a mais importante a Lei de combate ao extremismo de direita e a criminalidade de ódio (*Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität*) (BUNDESREGIERUNG, 2020). Qualquer pessoa que divulgar na internet mensagens de cunho nazista, antissemita ou ameaças de estupro ou morte ficará sujeita a sanções agravadas. O traço distintivo da norma é endurecer as penas por tais crimes (prisão de até dois anos). Além disso, a lei obriga as redes sociais, em um futuro próximo, a denunciarem postagens criminosas perante a autoridade policial federal. Isto significa que as redes sociais como, por exemplo, Facebook e Twitter, não mais podem se limitar a apagar postagens desta natureza, já que se obrigam a denunciar os responsáveis à autoridade competente. A Lei impõe restrições consideráveis ao sigilo de dados dos usuários das redes, pelo fato de que, visando à rápida identificação

dos autores das postagens consideradas criminosas, obriga os respectivos provedores a repassarem às autoridades os endereços de IP dos responsáveis, sendo que, na hipótese de crimes considerados particularmente graves, como terrorismo e homicídio, decisão judicial também poderá permitir o acesso às senhas dos investigados (na hipótese de estarem armazenadas de forma criptografada junto aos provedores, elas serão transmitidas nesta mesma forma) (BUNDESREGIERUNG, 2020).

A inovação legislativa alemã tem, então, o propósito de combater o extremismo de direita, considerando o histórico de violência de seus militantes, em particular na experiência germânica. Entretanto, o texto da lei pode ser criticado, pelo fato de que visa, especificamente, a combater uma determinada espécie de extremismo – o de direita – sem mencionar o de esquerda, ou de qualquer outra ideologia que porventura possa se revelar extremista e, portanto, incompatível com o regime democrático de liberdades. Episódios de violência e de criminalidade podem ocorrer em diferentes espectros ideológicos, nos quais esteja presente o extremismo, dado que a pluralidade tende a ser vista de modo atentatório às convicções dos respectivos grupos, o que causa a radicalização de seus integrantes.

Do ponto de vista constitucional, a menção aparece, em um primeiro momento, como problemática, tendo em vista que a Lei Fundamental exige como um dos requisitos para a limitação da liberdade de expressão a necessidade de leis gerais, vale dizer, deve ser observada a neutralidade de opinião por parte do Estado, sem que haja a proibição de apenas um conteúdo em particular, para que não haja a quebra de isonomia que lhe é inerente. No direito norte-americano, essa perspectiva pode ser vista através do requisito da neutralidade dos conteúdos da legislação (*content neutrality*).

Sem embargo, a justificativa da lei parece repousar na necessidade de ponderação de bens jurídico-constitucionais em um contexto nacional específico, que deve ser levada a cabo nas disposições normativas.²² De fato,

²² BVerfGE 7, 198 (210s).

a complexidade das relações sociais faz a atividade legiferante ter cada vez mais sua atuação voltada para o futuro (GRIMM, 2001, p. 207). Por seu turno, o Poder Legislativo tende a trabalhar em vista disso cada vez mais com prognoses (STERN, 1994, p. 1.711), sendo que a correspondente apreciação constitucional passa a depender do quão acertadas são tais suposições no que diz respeito a seu real desenvolvimento futuro, no âmbito da regulamentação normativa (GRIMM, 2001, p. 207). Assim, a densidade do exame constitucional passa a depender, efetivamente, da atitude de autocontenção do Tribunal, que se manifesta pelo reconhecimento ao legislador de um espaço de prognose em sua esfera de regulamentação (BRYDE, 1982, p. 348).

Estes pressupostos fazem com que, para além da neutralidade de opinião, eventual exame da constitucionalidade da norma deva investigar se existem bens mais dignos de proteção, ou seja, se outros direitos fundamentais acabaram sendo atingidos pelo exercício da liberdade de expressão (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 517). De fato, a vocação da norma para fins legítimos, como o resguardo da dignidade de judeus, da paz pública, o combate ao terrorismo e aos ataques praticados por integrantes de grupos de extrema-direita, por meio da responsabilização dos que patrocinam tais atos criminosos, bem como a supressão das publicações *online*, podem sugerir a tomada de decisão em favor da sua constitucionalidade. Todavia, sua eventual omissão em combater iguais atos, quando praticados por outras ideologias extremistas, igualmente violadoras da ordem constitucional, poderá levar à inconstitucionalidade em sua aplicação concreta, até mesmo por ferir o mandamento de proibição de insuficiência (CANARIS, 1999, p. 20). Seja como for, o título do diploma foi infeliz, pois peca pela omissão. O debate promete ser interessante.

7. Considerações Finais

Inúmeras são as formas de manifestação e divulgação de discursos de ódio. Em comum, esse tipo de discurso tem o condão de diminuir as suas vítimas em sua autoestima, afetando, assim, a sua dignidade. O espetacular desenvolvimento dos meios de comunicação, em particular das redes sociais, contribuiu para se redobrar o cuidado no que tange à proteção dos direitos de personalidade, considerando a instantaneidade com que informações são divulgadas, bem como o caráter praticamente ilimitado dos seus respectivos destinatários. Isso prova que este cenário representa, acima de tudo, um inegável desafio quanto à capacidade do direito de fornecer respostas uniformes – ou até mesmo confiáveis, do ponto de vista da sua efetividade – a ameaças que perturbam a sociedade.

O presente estudo demonstrou que ordenamentos jurídicos de tradição democrática ocidental não possuem, necessariamente, uma uniformidade no que diz respeito ao tratamento do discurso de ódio. Isso fica evidenciado pela precedência que cada ordenamento confere a bens protegidos constitucionalmente. Em comum, pode-se afirmar que não se reconhece a liberdade de expressão como um valor absoluto, muito embora se verifique uma hierarquia de proteção distinta a este direito, em cada modelo. Na tradição norte-americana, constata-se que a liberdade de expressão goza de uma proteção superior em relação aos ordenamentos brasileiro e alemão. Na prática, isso significa que o discurso de ódio tem maiores dificuldades para ser combatido em terras norte-americanas, em relação ao que acontece na Europa, em particular em países ligados ao constitucionalismo germânico. Isso decorre do fato de a Lei Fundamental assegurar a intangibilidade da dignidade da pessoa humana como seu maior fundamento, enquanto o norte-americano confere à liberdade de ação geral um papel de inegável destaque. Neste sentido, o Brasil parece estar mais alinhado à tradição alemã, em comparação com a norte-americana, ainda que se reconheça que o desenvolvimento legislativo e jurisprudencial brasileiro está, nitidamente,

aquele desenvolvido na Alemanha, mormente no que diz com a remoção de conteúdos ilícitos na Internet.

A ideia que fica é que não se pode derivar do constitucionalismo democrático, que retira seu maior fundamento da dignidade da pessoa humana, uma proteção ao discurso de ódio a partir da liberdade de expressão. Isso implicaria aceitar o difícil ônus argumentativo de conceber que se pode recorrer a um direito garantido pela Constituição para anular a sua própria ordem de valores, considerando que o respeito à dignidade e ao direito de terceiros são elementos inerentes à ordem constitucional democrática. Entendimento contrário implicaria, ainda, a inviável posição de conceber a constituição como mero catálogo de desejos, sem força vinculante, o que se mostra de todo inaceitável na chamada era do constitucionalismo de valores. Compreender a ameaça que o discurso de ódio representa à cultura democrática e social é um dever da comunidade jurídica e de todos aqueles que buscam a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária que, a propósito, constitui objetivo fundamental da República.

Referências

- ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autoregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 19-37.
- ARTICLE 19. **Germany**: responding to hate speech. London: Free Word Centre, 2018. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/07/Germany-Responding-to-%E2%80%98hate-speech%E2%80%99-v3-WEB.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020.
- BALKIN, Jack M. Free speech is a triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, n. 7, p. 2011-2056, nov. 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4815**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). Rel: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 28 de julho de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em 28 de julho de 2019.

BRASIL. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 28 de julho de 2019.

BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Baden-Baden: Nomos, 1982.

BROWN, Alexander. What is hate speech? Part I: The myth of hate speech. **Law and Philosophy**, n.36, p. 419-468, 2017.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista Direito Público**, n.15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz**. Berlin: De Gruyter, 1999.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de fake News das redes sociais. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DOW, David R. Rethinking the clear and presente danger test. **Indiana Law Journal**, v. 73, n. 4, p.1217-1246, 1998. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1963&context=ilj>. Acesso em: 06 de agosto de 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACEBOOK. **NetzDG Transparency Report**: January 2020. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/01/facebook_netzdg_January_2020_english.pdf. Acesso em 20 de abril de 2020.

FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?** Uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANKS, Mary Anne. Fearless speech. **First Amendment Law Review**, v. 17, p. 296-342, 2019.

GRIMM, Dieter. **Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen**. München: Beck, 2001.

HAUPT, Claudia E. Regulating Hate Speech – Damned if you do and damned if you don’t: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches. **Boston University International Law Journal**, v.23, 2005, p. 299-335.

HESSE, Konrad. **Gründzuge des Verfassungs der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: Müller Verlag, 1999.

JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**. 2. Auflage. Tübingen: Mohr, 1919.

KAHN, Robert A. Cross-burning, holocausto denial and development of hate speech Law in the United States and Germany. **Detroit Mercy Law Review**, n. 163, p. 163-194, 2006.

KUCZERAWY, Aleksandra. From “notice and take down” to “notice and stay down”: risks and safeguards for freedom of expression. In: FROSIO, Giancarlo (ed.). **The Oxford**

Handbook of intermediary liability online, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3305153. Acesso em 07 de agosto de 2020.

LANE, Tyler. The public forum doctrine in the modern public square. **Ohio Northern University Law Review**, v. 45, n. 02, p. 465-499, 2019.

LEITER, Brian. Cleaning Cyber-cesspools: Google and free speech. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). **The offensive internet**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

MATSUDA, Mari. Public response to racist speech: considering the victim's story. **Michigan Law Review**, v. 87, n. 8, p. 2320-2381, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Ontario: Batoche, 2001.

NUNZIATO, Carla Dawn. The marketplace of ideas online. **Notre Dame Law Review**, n. 94, p. 1519-1584, 2019.

OLIVA, Thiago Dias. **Minorias Sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law Review**, v. 24, n.04, p. 1523-1568.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso de ódio nas mídias sociais. **Revista de Estudos Institucionais**, v.5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

SOLOVE, Daniel J. Speech, privacy, and reputation on the Internet. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). **The offensive internet**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte**. München: Beck, 1994, B. III/2.

TSESIS, Alexander. Dignity and speech: the regulation of hate speech in a democracy. **Wake Forest Law Review**, v.44, n. 02, 2009, p. 497-534.

UNITED STATES. **Constitution of the United States of America**. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf. Acesso em 08 de julho de 2020.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ZIPURSKY, Rebecca. Nuts about NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression. **Fordham International Law Journal**, v. 42, p. 1325-1374, 2019.

Artigo recebido em: 25/04/2020.

Aceito para publicação em: 14/06/2020.