

ano 21 – n. 84 | abril/junho – 2021

Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i84

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Discurso de ódio nos contextos alemão e brasileiro

Hate speech in German and Brazilian contexts

Graziela Harff*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)
grazielaharff@yahoo.com.br
<https://orcid.org/0000-0003-3063-869X>

Marcelo Schenk Duque**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)
marceloschenk@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-4192-7633>

Recebido/Received: 14.04.2020 / April 14th, 2020

Aprovado/Approved: 09.06.2021 / June 9th, 2021

Resumo: O discurso de ódio é uma das temáticas mais desafiadoras do constitucionalismo contemporâneo, construindo um debate em torno dos limites e restrições que podem recair sobre a liberdade de expressão. O tema ganha relevância em face da difusão das redes sociais e dos conteúdos por elas transmitidos, envolvendo, ainda, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. O estudo propõe uma análise do tema sob as perspectivas alemã e brasileira. O artigo apresenta as principais diferenças existentes de acordo com os sistemas jurídicos e peculiaridades concernentes, bem como estabelece as contribuições que podem ser feitas a partir dos

¹ Como citar este artigo/*How to cite this article*: HARFF, Graziela; DUQUE, Marcelo Schenk. Discurso de ódio nos contextos alemão e brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 199-225, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1350.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada. *E-mail*: grazielaharff@yahoo.com.br.

** Professor do programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Professor da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – Esmafe/RS, onde exerce a coordenação da matéria de Direito Constitucional. Professor de diversos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da UFRGS, PUCRS, Ajuris FEMARGS, FESDEPRS, FMP, entre outros. Professor da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS. *E-mail*: marceloschenk@gmail.com.

modelos estudados para o aprimoramento do debate no Brasil. Emprega-se, para tanto, a metodologia hipotético-dedutivo, com ênfase dogmática.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Direito comparado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Redes sociais.

Abstract: Hate speech is one of the most challenging issues in contemporary constitutionalism, developing a debate around limits and restrictions on freedom of expression. The subject has special relevance, considering the dissemination of social media and their content, involving, also, the horizontal effect of fundamental rights. The study aims to analyse the subject of hate speech from a Brazilian and German perspectives. The article presents the main existing differences according to the legal systems and its features, as well as establishes contributions that can be made from the models concerned for the improvement of the debate in Brazil. The methodology employed is the hypothetical-deductive and dialectical, with dogmatic emphasis.

Keywords: Hate speech. Freedom of expression. Comparative law. Horizontal effect of fundamental rights. Social media.

Sumário: **1** Introdução – **2** Conceito de discurso de ódio – **3** Consequências das manifestações do discurso de ódio – **4** Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – **5** Discurso de ódio na Alemanha – **6** Discurso de ódio no Brasil – **7** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O presente trabalho dedica-se a abordar as principais discussões que envolvem o estudo do chamado discurso de ódio, a partir de um estudo comparado entre o Brasil e a Alemanha. Visa-se, assim, à elaboração de um panorama que permita o estabelecimento de críticas reflexivas ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e à evolução e ampliação do debate. A definição de limites à liberdade de expressão constitui um dos temas mais latentes no contexto dos direitos fundamentais, envolvendo direitos que são de suma importância à manutenção das democracias liberais, com enfoque na igualdade e no mandamento de não discriminação.

A discussão vem sendo travada no seio das sociedades em geral, espraiando-se de forma cada vez mais célere, sobretudo, por meio das redes sociais que, como se sabe, são grandes propulsoras de discursos hostis a minorias, em geral aquelas historicamente discriminadas. Após a análise dos dois modelos propostos neste trabalho, apresentar-se-ão uma visão geral dos regramentos e as disposições constitucionais insertas na matéria, bem como dispositivos legais específicos que dizem com a remoção de conteúdos ilícitos contidos na internet, mais especificamente nas redes sociais. Em relação ao entendimento jurisprudencial, serão apresentadas decisões que são consideradas paradigmas em busca de uma uniformidade a ser adotada quando em causa discursos hostis e vexatórios.

2 Conceito de discurso de ódio

O discurso de ódio, ou *hate speech*, é uma das temáticas que, pode-se afirmar, mais tem instigado a temática dos direitos fundamentais na presente quadra histórica. Ao contrapor diversos direitos de que são titulares vítimas e agentes, o estudo demanda esforços que se ligam à interpretação e análise de limites existentes no exercício dos direitos fundamentais, os quais não podem ser tidos por absolutos e ilimitados. Tais esforços passam, em um primeiro momento, pela adequada conceituação do instituto. Estes critérios, em geral, apresentam certa uniformidade, apesar dos diversos contextos envolvidos, com particularidades quando se trata de experiências históricas arraigadas em determinado Estado, como é o caso da Alemanha.

Desta maneira, o discurso de ódio pode ser definido como manifestações de ódio, desprezo ou intolerância que são dirigidos a determinados grupos em razão de etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, entre outros fatores.¹ O conceito apresentado aqui pode ser definido como amplo, uma vez que não exclui outros traços característicos, considerando-se fatores sociológicos. Ainda, na doutrina constitucionalista alemã, é afirmado que referidos discursos, além de serem direcionados a grupos com as características acima citadas, ainda recaem na definição do art. 1º da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial.²

Nessa esteira, afirma-se que manifestações que não contivessem expressões, à primeira vista, de caráter insultante, mas que possuíssem o potencial de dano também deveriam ser incluídas na acepção do termo.³ Por fim, não se pode deixar de mencionar que se tem discutido a necessidade de haver a presença do ódio nas manifestações odiosas, o que tem sido denominado de mito do ódio. A razão para tanto reside no fato de que outros fatores podem levar ao proferimento de discursos hostis, como atitudes de desprezo, desdém, superioridade etc. Tais situações não necessariamente envolvem um sentimento de ódio. Sob um outro

¹ 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 jul. 2019.

² BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 11. Prevê referida Convenção que “a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”.

³ GELBER, Katharine. Hate speech – Definitions & empirical evidence. *Constitutional Commentary*, v. 32, p. 619-629, 2017. p. 620-621.

prisma, as manifestações podem se dar com a finalidade de causar algum tipo de reação no público, como entusiasmo ou choque.⁴

A Recomendação (97) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada no ano de 1997, traz diversas recomendações aos Estados-Membros para o combate ao discurso de ódio, entre as quais se encontram revisões nas leis nacionais, a fim de se adequar aos princípios inscritos em tal documento. Porém, uma das mais importantes disposições diz respeito ao conceito de *hate speech*, especialmente aquele disseminado pela mídia, o qual pode ser conceituado como o discurso que difunde, incita, promove ou justifica o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo aquela expressa pelo nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira (*immigrant origin*).⁵

Em relação aos destinatários destes discursos, pode-se afirmar que se trata de grupos com as características acima mencionadas. Em geral, são grupos historicamente discriminados, os quais acabam por sofrer as consequências de discursos inflamados, os quais provocam hostilidade e discriminação. Todavia, estes grupos, embora em geral constituam minorias no sentido quantitativo, podem, às vezes, serem mais numerosos quantitativamente na sociedade e, ainda assim, serem tidos como tais. Isso porque a definição de minoria não se constitui, de forma preponderante, pelo fator numérico, mas político, o que é o caso das mulheres.⁶ Basta ver que, embora superiores em números absolutos, as mulheres permanecem em situação de inferioridade numérica em cargos representativos, inclusive na esfera política.⁷ Ao proferir tais manifestações odiosas, seus agentes acabam por reforçar estereótipos presentes na sociedade em relação aos grupos atingidos, fazendo com que haja uma perpetuação de atos discriminatórios e vexatórios, em uma espécie de hierarquia social, que privilegia certos grupos em detrimento dos demais. A mensagem transmitida é a de que diferenças concernentes à raça, etnia, gênero, orientação sexual ou outras características são distinções que afetam o mérito, dignidade, *status* e personalidade dos ofendidos.⁸

⁴ BROWN, Alexander. What is hate speech? Part I: The myth of hate speech. *Law and Philosophy*, n. 36, p. 419-468, 2017. p. 439-441.

⁵ Recomendação (97) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>. Acesso em: 28 jul. 2019).

⁶ 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. p. 55.

⁷ O debate encontra bom tom na jurisprudência do STF, no julgamento da ADI nº 5.617 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 15.3.2018. *DJe*, 3 out. 2018), em que foram constatadas as deficiências de participação feminina no processo político nacional, em particular na discriminação relativa ao financiamento das campanhas eleitorais.

⁸ TSESIS, Alexander. Dignity and speech: the regulation of hate speech in a democracy. *Wake Forest Law Review*, n. 44, p. 497-532, 2009. p. 505.

Embora seja mais comumente afirmado que as vítimas do discurso de ódio são os mencionados grupos, não se exclui a possibilidade de somente uma pessoa ser atingida por tais pronunciamentos odiosos, o que se dará quando (i) esta pertencer a um grupo minoritário e (ii) o ataque visar a atingi-la em razão de tal pertencimento.⁹ Feitas estas considerações, importa delinear as consequências destas manifestações nos mais diferentes âmbitos.

3 Consequências das manifestações do discurso de ódio

As manifestações odiosas acabam por causar diversas consequências sobre os indivíduos e sobre a sociedade. Uma das manifestações mais observadas é a retirada do espaço público das vítimas, mormente quando verificada alguma violência física ou verbal ocorrida anteriormente. Os debates, aqueles que se deem em espaços públicos ou privados, passam a não receber mais os membros das minorias atingidas, o que gera uma importante lacuna na qualidade das discussões, que passam a ser construídas a partir de posicionamentos limitados, quando se sabe que construções decisórias em espaços democráticos devem privilegiar a maior quantidade e diversidade de opiniões possíveis. Isso se dá para que estas contem com legitimidade e maior facilidade na sua execução, a fim de que não sejam contestadas por terem sido construídas sem a participação de um amplo leque de atores sociais, representativos da pluralidade da sociedade atual.¹⁰ Neste sentido, o discurso é um elemento comunicativo da vontade, o qual facilita a organização social ao propiciar a legitimação dos processos democráticos.¹¹

Alguns autores chegam a afirmar que o discurso de ódio pode ser considerado uma discriminação não física que causa significativos danos para a saúde física e mental. Em entrevistas feitas a vítimas do discurso de ódio, foram constatadas consequências diversas, como subordinação, silenciamento, medo, vitimização, danos emocionais, restrições à liberdade, baixa na autoestima, manutenção

⁹ 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. p. 54.

¹⁰ O relatório anual do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*Addendum- Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*) registra a importância da realização da liberdade de expressão, a qual possibilita um debate vibrante e multifacetado, dando voz a diferentes perspectivas e pontos de vista. Ainda, o respeito à liberdade de expressão tem um papel crucial no asseguramento da democracia e de um desenvolvimento humano sustentável, bem como na promoção da paz internacional e segurança (UN. High Commissioner for Human Rights. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: addendum. *United Nations Digital Library*, 2013. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/746343>. Acesso em: 28 jul. 2019).

¹¹ GELBER, Katharine. Hate speech – Definitions & empirical evidence. *Constitutional Commentary*, v. 32, p. 619-629, 2017. p. 625.

de desequilíbrios sociais de poder e abalo na sua dignidade.¹² Forte, aqui, é a constatação de uma sensação de abandono entre os ofendidos, o que é causado não apenas pela mensagem em si, mas pela falta de efetividade por parte do governo no combate a discursos ofensivos e hostis, inclusive pelas cortes, quando negam indenizações por insultos raciais.¹³ Em outros termos, a permissão de discursos ilimitados é preservar o discurso à custa dos grupos que possam ser atingidos por manifestações hostis.¹⁴

A fim de que as minorias possam se estabelecer na sociedade e realizar seu projeto de vida, há a necessidade de asseguramento por parte do Estado de uma segurança baseada na dignidade (*dignity-based assurance*), através da qual todos devem ser tratados com igual respeito, sem discriminação, o que é fonte de segurança para a consecução de seus planos e intentos no seio da sociedade. Em contraponto a isso, os agentes que praticam manifestações vexatórias visam a minar essa segurança, bem como provocar uma espécie de bem público rival, ou seja, a sensação de insegurança.¹⁵ Essa retirada do engajamento nos debates democráticos, não se desconhece, pode vir a criar uma circulação de ideias fora do espaço público, de modo a ser encontrada em meios mais restritos, fora de um ambiente em que se permite o controle por parte da sociedade e Poder Público.¹⁶ Contudo, não pode ser uma opção a apresentação de argumentos vexatórios, discriminatórios ou simplesmente contrários à ideia de preservação da dignidade humana, pois tais ideias, de caráter nocivo, podem ser difundidas, com graves consequências. Debates que incluam argumentos em favor do nazismo são exemplos, haja vista que não se podem incluir tais narrativas em um espaço público, sob o risco de serem partilhadas entre outros membros da sociedade. Assim, o engajamento público aberto de todas as visões e pontos de vista suscita sérios debates, pelo risco de que manifestações odiosas e discriminatórias sejam difundidas.¹⁷

Desta maneira, a fim de que seja proporcionada voz às minorias no *forum publicum*, deve haver a intervenção do Estado a fim de assegurar a participação efetiva das minorias nos processos democráticos, a fim de que haja um ambiente plural e que se proporcionem iguais oportunidades para todos, o que atrai a discussão para o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹² GELBER, Katharine. Hate speech – Definitions & empirical evidence. *Constitutional Commentary*, v. 32, p. 619-629, 2017. p. 623.

¹³ MATSUDA, Mari. Public response to racist speech: considering the victim's story. *Michigan Law Review*, v. 87, p. 2320-2381, 1989. p. 2337-2338.

¹⁴ TSEJIS, Alexander. Dignity and speech: the regulation of hate speech in a democracy. *Wake Forest Law Review*, n. 44, p. 497-532, 2009. p. 508.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 95.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 95.

¹⁷ Nesse sentido: WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 95-96.

4 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais afirma que não apenas o Estado tem o dever de velar pela observância desses direitos, mas também os particulares nas relações que travam entre si. Trata-se de tema com forte desenvolvimento na doutrina alemã, sob a expressão *Drittwirkung*.¹⁸ Nota-se, desde já, a importância da temática no contexto da definição dos limites à liberdade de expressão. Inicialmente, o tema surgiu no campo das relações trabalhistas, especialmente aptas a gerar controvérsias em torno da observância dos direitos fundamentais, tendo em vista também a posição de subordinação em que se encontra o empregado, revelando, então, uma nítida desigualdade na relação contratual.¹⁹

A discussão ampliou-se para as relações de direito civil, em que se constatou um efeito de irradiação dos direitos fundamentais, a partir da constatação de que nenhuma seara do direito pode ficar imune às garantias constitucionais.²⁰ Esta construção deriva do reconhecimento de que os direitos fundamentais traduzem princípios objetivos, que levam em consideração não apenas o significado desses direitos para o seu respectivo titular, mas, igualmente, para toda a coletividade.²¹ Referidas estas primeiras observações, cumpre destacar que o assunto ganhou ramificações, tendo sido defendido por parte da doutrina que se trata de uma eficácia direta e imediata, enquanto uma segunda vertente advoga uma eficácia mediata e indireta.²²

Em uma abordagem moderna, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo estudada sob a perspectiva da teoria dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), segundo a qual o Estado assume o dever de proteger um particular, cujos direitos fundamentais restam ameaçados por outro particular.²³

¹⁸ RÜFNER, Wolfgang. *Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz*. In: SELMER, Peter; MÜNCH, Ingo von (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1987. p. 215 e ss.

¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 10 e ss.

²⁰ HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Coord.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1994. p. 138; DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 29.

²¹ Sobre a conexão entre direitos fundamentais como princípios de direito objetivo como fundamento da teoria dos deveres de proteção do Estado: HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller Verl., 1999. Rn. 353. DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 25; 304-305.

²² Detalhes em DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 58 e ss.

²³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 25; 304-305.

Outra fundamentação que pode ser dada à presente teoria se encontra no princípio do Estado de direito, que se conecta ao monopólio de força estatal.²⁴

A teoria dos deveres de proteção do Estado é de manifesta relevância para a discussão do tema da liberdade de expressão. Isso se deixa constatar a partir dos significativos esforços legislativos para a construção de normas que visam a balizar o uso das redes sociais, aspecto que será abordado neste estudo. Na prática cotidiana, se constata que as manifestações odiosas provêm, em sua esmagadora maioria, de ações privadas nas redes sociais, as quais, por sua vez, também são administradas por corporações privadas.

Pode-se afirmar, com base nestas premissas, que os poderes estatais devem estar atentos a possíveis violações dos direitos por meio de discursos hostis proferidos, principalmente, contra minorias. Sua atuação deve ser pautada na busca do resguardo de valores como a dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e não discriminação, conforme se verá a seguir, no que diz com a remoção de conteúdos ilícitos nas redes sociais.

5 Discurso de ódio na Alemanha

A definição de limites à liberdade de expressão há muito tempo vem sendo debatida no constitucionalismo alemão, estando a matéria bem estruturada tanto na doutrina como na jurisprudência. A fim de entender a dinâmica atual, importa, primeiramente, entender o contexto em que se insere a liberdade de expressão neste país.

A liberdade de expressão na Alemanha é considerada um direito de especial valor,²⁵ contudo, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos,²⁶ a ponderação com outros direitos flui com mais naturalidade,²⁷ com uma preocupação latente para a definição de critérios racionais.²⁸ Esta liberdade deve ser sopesada com outros

²⁴ ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Auf. Heidelberg: Müller, 2004. B. II. §15, p. 3-106. Rn. 93.

²⁵ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 21.

²⁶ Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é prevista na Primeira Emenda da Constituição, a qual prevê que a lei não poderá prever limitações a tal direito. Assim, doutrina e jurisprudência americanas se orientam em direção a poucas restrições, sendo uma das mais importantes as *fighting words*. Estas são manifestações que têm a potencialidade de causar uma retaliação e, portanto, uma quebra da paz e ordem públicas, noção construída pela Suprema Corte no caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, em 1942 (KAHN, Robert A. Cross-burning, holocaust denial and development of hate speech Law in the United States and Germany. *Detroit Mercy Law Review*, n. 163, p. 163-194, 2006).

²⁷ O tema da ponderação entre direitos fundamentais é há muito estudado na Alemanha. Por todos, vide OSSENBÜHL, Fritz. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl). Köln: Carl Heymanns, 1995. p. 909.

²⁸ ALEXY, Robert. Grundrechte, Abwägung und Rationalität. In: ZACCARIA, Giuseppe (Ed.). *Ars Interpretandi*. Yearbook of Legal Hermeneutics. Vernunft und Interpretation. Münster: LIT, 2002. v. 7. p. 113 e ss.

direitos, o que se torna mais claro no discurso de ódio, em que diversos outros bens jurídico-fundamentais entram em consideração.²⁹ Por isso mesmo, é comumente afirmado que o sistema alemão se insere no grupo dos países que conferem um alto grau de proteção a direitos fundamentais como a dignidade e igualdade, em contraponto a um segundo grupo, do qual o mais proeminente membro são os Estados Unidos, que conferem à liberdade de expressão significância tal a ponto de raras limitações serem impostas a tal direito.³⁰ Desta maneira, a liberdade de expressão é tida como juridicamente concebida e limitada, fazendo parte de uma ordem de liberdades, a qual tem um objetivo ligado à política estatal, qual seja, garantir a participação constitucional na sociedade.³¹

Na Alemanha, a liberdade de expressão está prevista no art. 5º da Lei Fundamental (LF),³² o qual prevê que o exercício do direito em questão é livre, devendo ser respeitado o direito à honra, por exemplo. Assim, a LF expressamente prevê limites em seu art. 5º, aos quais podem ser acrescidos aqueles contidos no art. 2º, que prescreve limites para o exercício de direitos em geral, quais sejam, direitos de terceiros, a ordem constitucional e a lei moral, formando os chamados limites imanentes (*immanenten Grundrechtsschranken*).³³

Nesse passo, duas dimensões devem ser observadas na liberdade de expressão, uma interna e outra externa. A dimensão interna se conecta à formação da opinião e criação de obras de arte e ciência, enquanto a externa engloba os efeitos das opiniões, arte ou ciência. Exatamente nesta última dimensão entra em conta o discurso de ódio, dado que gera consequências de várias ordens sobre as vítimas e sobre a sociedade, como quebra da paz e ordem públicas, danos emocionais e mitigação ou exclusão da participação de minorias dos debates decisórios.³⁴ Assim, de acordo com a doutrina alemã, a LF protege a manifestação do pensamento como

²⁹ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 511.

³⁰ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 4.

³¹ ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental alemã no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³² Assim prevê o art. 5º da LF: "(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição".

³³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 125. A doutrina constitucional afirma que os limites imanentes, de maneira geral, são aplicados aos direitos sem reserva de lei previstos no texto constitucional. Porém, mesmo para aqueles direitos que contenham limites especiais, a doutrina defende que se aplicam os limites imanentes mesmo aos direitos com reserva de lei previstos na LF, como é o caso do direito de expressão.

³⁴ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 4.

também os seus impactos, sendo o interesse protegido ligado à honra, dignidade ou reputação. Nessa linha, tem-se que quanto mais inflamado se mostrar o discurso, maior o perigo de se atingir interesses e direitos de terceiros, o que demandará uma apreciação de qual direito irá se sobrepor no caso concreto.³⁵

Algumas consequências do abuso da liberdade de expressão podem ser extraídas do texto da LF, como a perda de direitos (art. 18). Embora seja considerada uma medida extrema a ser adotada, trata-se de hipótese constitucional com base na noção de democracia militante, ou seja, na democracia que é capaz de se defender,³⁶ fazendo também com que a Constituição mantenha sua força e efetividade.³⁷ Desta maneira, em havendo um abuso de direito (art. 2º), por exemplo, no exercício da liberdade de expressão, poderá, teoricamente, ser decretada a perda de um direito fundamental (*Grundrechtsverwirkung*), pelo Tribunal Constitucional Federal, à luz do art. 18 da LF.³⁸ Pressuposto da perda de direitos é que os direitos enunciados no artigo sirvam de instrumento para oposição à ordem liberal fundamental democrática e, disso, nasça um perigo para esta.³⁹ De fato, por trás da ideia da perda de direitos fundamentais está o pensamento que advoga “nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade” (*Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit*), com todas as controvérsias que lhe é inerente.⁴⁰

Ainda com relação à negação do holocausto, o Tribunal Constitucional Federal tem assentado que o art. 5º da LF protege opiniões. Contudo, vê-se que frequentemente estas contêm em seu bojo questões de fato, cuja falsidade ou verdade pode ser colocada em causa. Assim, sabendo que assertivas de fato podem servir de prerequisite para a formação de opinião, estas, então, são protegidas pelo art. 5º da LF. Contudo, quando tais afirmações não se mostrarem aptas a contribuir para o processo de formação de opinião, derivadas de concepções de valor (*Werturteile*), estas não estarão abrangidas pela proteção

³⁵ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 9.

³⁶ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 440.

³⁷ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller Verl., 1999. Rn. 694.

³⁸ DÜRIG, Günter. *Die Verwirkung von Grundrechte nach Artikel 18 des Grundgesetzes*. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre. *Juristen Zeitung (JZ)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952. p. 513 e ss.

³⁹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller Verl., 1999. Rn. 710-711.

⁴⁰ Fala-se “poderá” pois, em verdade, no contexto alemão se trata de uma ideia muito mais próxima da teoria do que da realidade, uma norma sobrestimada, considerando que é desprovida de efeitos práticos. Embora destacada na topografia da LF, o seu procedimento raramente foi iniciado e, até agora, ao que se tem notícia, não houve uma única declaração formal, pelo Tribunal Constitucional Federal, de perda de direitos fundamentais. Isto é o que aponta SCHNEIDER, Marcel. *Wie missbraucht man seine Grundrechte? 70 Jahre Grundgesetz – die Grundrechtsverwirkung aus Art. 18 GG*. *Legal Tribune Online*, 4 maio 2019. Disponível em: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/70-jahre-gg-art-18-grundrechte-missbrauch-verwirkung-wehrhafte-demokratie/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

constitucional da liberdade de expressão.⁴¹ De maneira geral, a posição do Tribunal Constitucional Federal considera que informações falsas não são dignas de proteção constitucional,⁴² pois a consequência será a formação de uma opinião incorreta.⁴³

Por conseguinte, a negação do holocausto é considerada uma manifestação que em nada contribui para a formação da opinião pública, vez que deliberadamente falsa. Embora seja tarefa complexa proceder a uma distinção do que seja um discurso que contribua ou não para a formação da opinião pública,⁴⁴ no caso do holocausto, a falsidade é manifesta, pois já provada por diversos documentos, testemunhas e historiadores a ocorrência dos fatos.⁴⁵ Tais pronunciamentos ligam-se, então, a circunstâncias históricas específicas de um Estado e que não devem ser desconsideradas, bem como a valores que são tidos por preponderantes. No sistema jurídico alemão, dada a existência do holocausto durante o nacional-socialismo, houve a consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica, de maneira a inaugurar a LF em seu art. 1º.⁴⁶ Esta é uma circunstância que distingue o sistema alemão, e do europeu em geral, de sistemas que põem em evidência a liberdade de expressão em maior ou menor grau, de que são exemplo os Estados Unidos.

Uma das decisões mais importantes para o constitucionalismo alemão contemporâneo foi a sentença Lüth,⁴⁷ que consagrou a teoria do efeito recíproco (*Wechselwirkungstheorie*), relevante quando se trata de analisar os limites da liberdade de expressão. Embora construída à luz da liberdade de expressão,

⁴¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009. Rdn. 594 e ss.

⁴² BVerfGE 85, 1 (15).

⁴³ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller Verl., 1999. Rn. 391.

⁴⁴ Sobre a necessidade de assertivas de fato contribuírem para a formação da opinião, ver: BVerfGE 90, 241 (247).

⁴⁵ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003. p. 13.

⁴⁶ 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, p. 299-335, 2005. Assim prevê o art. 1º: "(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário".

⁴⁷ No caso em questão, Eric Lüth, que era diretor do escritório da imprensa estatal de Hamburgo, defendeu um boicote ao filme do diretor de cinema Veit Harlan, que havia produzido o filme *Amada imortal (Unsterbliche Geliebte)*. A razão do boicote residia no fato de que Veit Harlan havia produzido, durante a Segunda Guerra Mundial, um filme (*Jud Süß*) marcadamente propagandístico para o regime nazista, com referências antissemitas e racistas. A produtora do filme ajuizou ação para que Lüth se abstivesse de promover o boicote do filme, com base no §826 do BGB, o qual prevê a responsabilidade daquele que atenta contra os bons costumes de forma dolosa. Em sede de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), o Tribunal Constitucional Federal reconheceu o direito à liberdade de expressão de Lüth, inclusive promovendo o referido boicote (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 26-27).

atualmente se aplica aos conflitos envolvendo diversos direitos fundamentais.⁴⁸ A partir dela, tem-se que um direito fundamental pode limitar uma lei que preveja sua própria restrição, em outros termos, se uma lei que limita a liberdade de expressão chegar a ponto de esvaziá-la, o próprio direito fundamental pode servir de restrição a esta lei, no sentido de limitar os excessos causados pela norma do legislador. A ideia é que as leis gerais que imponham limites ao direito de liberdade de expressão não limitem demasiadamente o direito, fazendo com que os titulares do direito fundamental se vejam privados de seu exercício, tamanhas as limitações e restrições impostas pela lei. Assim, o direito fundamental, a ser analisado como parâmetro no controle de constitucionalidade, deve servir como limite e guia interpretativo da lei, a fim de que os direitos fundamentais guardem efetividade na realidade social. Nesse sentido, se diz que a teoria em apreço acabou por se incorporar ao preceito da proporcionalidade, em razão da necessidade de proporcionalidade da medida que limita o direito.⁴⁹

De fato, o Tribunal Constitucional Federal tem tratado, ao longo de sua história, de inúmeros casos envolvendo a liberdade de expressão, especificamente em controvérsias jurídico-privadas, sendo a decisão Lüth um marco no constitucionalismo alemão, aspecto que, como visto acima, comprova a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nesta discussão. Nesse sentido, cabe trazer à tona uma das aplicações mais recentes na Alemanha, e no próprio contexto europeu, em termos de direitos fundamentais e direito privado, por meio da edição de diploma legislativo que versa sobre a remoção de conteúdos ilícitos na internet.

5.1 Remoção de conteúdos ilícitos nas redes sociais e a Lei de Aplicação na Rede (NetzDG)

Recentemente, a Alemanha editou a Lei de Aplicação na Rede (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* ou NetzDG), a qual tem por escopo regular a remoção de conteúdos ilícitos na internet por parte dos provedores de internet, segundo as disposições do Código Penal alemão (StGB).⁵⁰ A lei tem por escopo resguardar a

⁴⁸ GLAESER, Walter Schmitt. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Teil 2. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, Band 97, Tübingen, p. 276-298, 1972. p. 276 e ss.

⁴⁹ Detalhes em DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 32-33.

⁵⁰ Anteriormente, a Comissão Europeia editou a decisão-quadro (*framework decision*) 2008/913/JAI de 28.11.2008 sobre a luta contra certas formas e manifestações de racismo e de xenofobia por meio do direito penal, a qual fornece também a base para o conteúdo ilegal definido na NetzDG. Estas regulações europeias formaram a moldura para o tratamento do discurso de ódio na Alemanha, levando, em 2017, à edição da NetzDG (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 170).

dignidade humana,⁵¹ haja vista que este valor deve ser objeto de ações prestatórias por parte do Estado,⁵² o que a Alemanha logrou êxito em concretizar por via desta lei. Outro objetivo se assenta no combate à normalização de discursos de ódio.⁵³ Com efeito, referido diploma legislativo se aplica às redes sociais com mais de dois milhões de usuários na Alemanha, excluindo-se os serviços de mensagens. A lei em questão pode ser vinculada à eficácia horizontal, uma vez que nos dois polos da relação jurídica existem particulares, usuários que desejam ter maior liberdade de expressão e informação e, de outro lado, os provedores que pretendem determinar de forma autônoma a utilização das suas plataformas.⁵⁴

Entre as suas disposições mais importantes está aquela que prevê que o conteúdo manifestamente ilegal (*offensichtlich rechtswidrigen Inhalt*) deve ser retirado em até vinte e quatro horas da notificação feita de modo extrajudicial, por meio da ferramenta de notificação que deve ser disponibilizada pela rede social. Para manifestações que não tiverem seu caráter manifesto constatado, o prazo para retirada do conteúdo é de sete dias. Com tais prazos exíguos para as redes sociais, pretende-se, entre outros objetivos, evitar os danos psicológicos, considerando a velocidade com que as informações são transmitidas e repassadas na internet, bem como prevenir violações aos direitos da personalidade, como a honra das vítimas.⁵⁵ A apresentação de relatório no mínimo a cada seis meses é uma medida para garantir o monitoramento por parte do governo e usuários no que diz com o tratamento das notificações levadas a conhecimento dos provedores de internet (§3 (4)).

Uma das primeiras aplicações da lei, que entrou em vigor em 1^o.1.2018, deu-se em relação às contas do Twitter e Facebook de uma parlamentar vinculada a um partido de extrema direita.⁵⁶ A polícia de Colônia havia feito uma postagem nas redes sociais com uma saudação em língua árabe, o que foi duramente criticado

⁵¹ ZIPURSKY, Rebecca. Nuts about NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, p. 1325-1374, 2019. p. 1354.

⁵² BENDA, Ernest. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1994. p. 171.

⁵³ EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 86

⁵⁴ EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 75.

⁵⁵ Conforme anota Carlos Alberto Bittar, direitos da personalidade podem ser definidos como “aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São [...] os direitos inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem”. Mesmo que se defenda que estes são aqueles que incidem na relação entre particulares, em especial aqueles da honra, imagem, liberdade de consciência, ao nome, atualmente, com a constitucionalização do direito, esta distinção perde seu significado inicial, em virtude da permeabilidade dos direitos fundamentais nas relações civis (BITTAR, Carlos Alerto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56).

⁵⁶ Envolvia as redes sociais da Deputada Federal Beatriz von Storch, filiada ao partido alemão *Alternative Für Deutschland* (AfD), considerado de extrema direita (LOBO, Sascha. Die stumpfe Pracht des NetzDG.

pela parlamentar. Após denúncias, o Twitter retirou o *post* com base na nova lei, e após, acabou também suspendendo a conta da *Titanic*, uma revista satírica, em razão de ter ironizado o *tweet* da parlamentar.⁵⁷ As críticas se deram quanto a estes episódios no tocante à liberdade de expressão da parlamentar, resguardado pela imunidade parlamentar e, em relação à revista satírica, pelo fato de que deveria ter sido respeitada sua liberdade artística.⁵⁸ Na mesma linha, outras associações, como o Comitê para a Proteção de Jornalistas, expressaram sua preocupação com a remoção do conteúdo do periódico.⁵⁹

5.2 Críticas ao modelo alemão de remoção de conteúdo ilícito

A lei tem sofrido duras críticas pela vagueza da expressão manifestamente ilegal,⁶⁰ o que não oferece uma interpretação segura para as redes sociais procederem à análise dos conteúdos por meio de regras e diretrizes preestabelecidas. Isso faz com que se afirme que as corporações tentarão, na medida do possível, proceder à retirada do conteúdo ao invés de privilegiar a liberdade de expressão, sabendo que este é um dos direitos mais importantes em uma democracia.⁶¹ Isso ganha mais força pelo fato de que não existe qualquer sanção pela remoção de conteúdo, mesmo que seja legítimo, mas apenas pela não remoção nos casos de conteúdo ilegal.⁶²

Spiegel *Netzwelt*, 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzdg-berechtigtes-getoese-um-ein-daemliches-gesetz-a-1185973.html>. Acesso em: 21 mar. 2020).

⁵⁷ WINTER, Chase. AfD politician 'censored' under new German hate speech law for anti-Muslim tweet. *DW News*, 2 jan. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/en/afd-politician-censored-under-new-german-hate-speech-law-for-anti-muslim-tweet/a-41992679>. Acesso em: 2 dez. 2019.

⁵⁸ ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019. p. 1328.

⁵⁹ MONG, Attila. As German hate speech law sinks Titanic's Twitter post, critics warn new powers go too far. *CPJ*, 23 jan. 2018. Disponível em: <https://cpj.org/blog/2018/01/as-german-hate-speech-law-sinks-titanics-twitter-p.php>. Acesso em: 2 dez. 2019.

⁶⁰ ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019. p. 1359.

⁶¹ Segundo o Relatório *Article 19: Germany Responding to "hate speech"*, elaborado pelo Free World Centre, como parte da campanha *Media Against Hate* (FREE WORLD CENTRE. *Article 19: Germany Responding to "hate speech"*. Londres: Article 19, 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: 2 set. 2019).

⁶² Conforme o relatório *CEPS Researching Project Germany's NetzDG: a key test for combatting online hate*, desenvolvido pelo Centre for European Policy Studies, de autoria de William Echikson e Olivia Knodt (ECHIKSON, William; KNODT, Olivia. *CEPS Researching Project Germany's NetzDG: a key test for combatting online hate*. Disponível em: www.ceps.eu. Acesso em: 2 set. 2019).

Além disso, existe a preocupação de que o ato venha a causar um esfriamento do debate político (*chilling effect*)⁶³ nas redes sociais,⁶⁴ gerando o receio por parte dos indivíduos de que seu conteúdo seja retirado por ser incisivo ou se trate de manifestações mais inflamadas. Isso porque se sabe que os provedores tentarão evitar as multas previstas na lei, as quais podem chegar a cinco milhões de euros, conforme o §4 (2) da NetzDG, o que levaria a uma remoção em grande volume de conteúdos (*overblocking*).

Esta situação levou a doutrina a criticar a delegação de tarefas estatais a corporações privadas, quando se sabe que a remoção de conteúdos ilícitos na internet e, mais especificamente, de discursos de ódio, envolve o escrutínio de direitos e liberdades fundamentais, o que é uma tarefa que pertence, originariamente, ao Estado. Segundo a teoria dos deveres de proteção do Estado, a este pertence o monopólio da força, que também tem o dever de proteger os direitos fundamentais em face de ameaças de terceiros, inclusive particulares. Por isso a afirmação de que a lei traz em seu bojo a possibilidade de a censura ser exercida por privados.⁶⁵

O relator especial da ONU sobre liberdade de opinião e expressão, David Kaye, também assentou que em muitos casos a análise deveria ser feita de modo mais aprofundado, considerando o contexto do discurso, o que as redes sociais não estariam aptas a fazer. Na mesma ocasião, ressaltou que o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual a Alemanha é signatária, expressamente garante a liberdade de opinião e expressão, com restrições pontuais.⁶⁶ Outro fator agravante é o fato de que não existe mecanismo para ouvir o autor do conteúdo considerado ilícito, o que é criticável em razão da unilateralidade da medida e da falta de oportunidade para exercer seu direito ao contraditório.⁶⁷

⁶³ ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019. p. 1329.

⁶⁴ As redes sociais são consideradas um grande fórum público (*public forum*) para o debate de ideias nos Estados Unidos, à diferença de que neste país a internet não está sujeita às mesmas regulações de países como a Alemanha, havendo grande proteção da liberdade de expressão (ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019. p. 1345; NUNZIATO, Dawn Carla. The marketplace of ideas online. *Notre Dame Law Review*, v. 94, n. 4, p. 1519-1584, abr. 2019. p. 1548).

⁶⁵ Segundo o Relatório *Article 19: Germany Responding to "hate speech"*, elaborado pelo Free World Centre, como parte da campanha *Media Against Hate* (FREE WORLD CENTRE. *Article 19: Germany Responding to "hate speech"*. Londres: Article 19, 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: 2 set. 2019).

⁶⁶ Segundo KAYE, David. *Mandate of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues?opinon/Legislation?OL-DEU-1-2017.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

⁶⁷ ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019. p. 1352. A lei prevê que o reclamante e o usuário sejam informados sobre toda decisão (§3, (2) (5)). No mesmo sentido, a Recomendação da Comissão Europeia sobre medidas para lidar efetivamente com conteúdo ilegal *on-line*, de 1º.3.2018, a qual prevê que o autor (*content provider*) seja informado da decisão e das suas razões, bem como da possibilidade de contestá-la (EUROPEAN COMMISSION. *Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content*

Estas críticas se baseiam no modelo adotado neste país. A escolha da Alemanha ao tratar de conteúdo ilícito recaiu no modelo de autorregulação regulada, o que significa que a obrigação de remoção de conteúdos ilícitos é imposta aos provedores de internet e não ao governo. Na Europa, a tendência tem sido a de adotar o modelo da autorregulação, cabendo aos entes privados a tarefa de remoção dos conteúdos que se mostrarem vinculados ao discurso de ódio. O Código de Conduta⁶⁸ adotado por várias empresas de tecnologia no âmbito da União Europeia, entre as quais Google, Twitter e YouTube, em 2016, prevê que a maioria das notificações válidas tenham que ser revistas em menos de 24 horas e seu conteúdo removido ou tornado o acesso a este indisponível, se necessário. No mesmo documento, houve a previsão de que haveria equipes especializadas na revisão das notificações, de que os processos para análise das notificações seriam claros e efetivos e de que as empresas apresentariam relatórios para o acompanhamento do tratamento das notificações.

Em que pesem as críticas acima mencionadas, a Alemanha parece estar obtendo êxito na sua política de combate ao discurso de ódio através do modelo escolhido, o que pode ser notado pelo cumprimento das empresas de tecnologia quanto à elaboração dos relatórios sobre denúncias recebidas, mesmo que falhas na lei, segundo as empresas, possam ter causado divergência quanto a sua interpretação. Isso porque o Facebook é acusado de não reportar a totalidade das denúncias que lhe são dirigidas, apenas aquelas que são notificadas com a escolha pelo denunciante do preenchimento do formulário NetzDG. Tal atitude levou a uma multa no valor de €2 milhões pelo Ministério da Justiça alemão. A justificativa se deu com base nas comparações com outras redes sociais. Enquanto o Twitter, de janeiro a junho de 2018, reportou quase 265.000 reclamações,⁶⁹ o Facebook registrou 886,⁷⁰ o que, segundo o relatório da companhia, considera apenas as reclamações feitas com base nos formulários específicos da lei preenchidos (*NetzDG reporting form*), e não com base no total de denúncias em território alemão. Segundo o Ministério da Justiça, o total de denúncias via símbolo de denúncia (*flagging channel*) é muito superior ao reportado pelo Facebook, o que o levou a aplicar a multa com base na própria NetzDG.⁷¹

online. Chapter II (9). Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>. Acesso em: 2 set. 2019).

⁶⁸ Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_806. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁶⁹ TWITTER Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht: Januar - Juni 2018. Disponível em: <https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/transparency-twitter/data/download-netzdg-report/netzdg-jan-jun-2018.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

⁷⁰ NETZDG Transparency Report. Disponível em: https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2018/07/facebook_netzdg_juli_2018_deutsch-1.pdf.

⁷¹ GERMANY fines Facebook for underreporting hate speech complaints. DW, 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/en/germany-fines-facebook-for-underreporting-hate-speech-complaints/a-49447820>. Acesso em: 2 set. 2019.

Assim, a despeito de todas as críticas acima colacionadas, a lei tem o mérito de resguardar valores como a dignidade da pessoa humana e direitos das vítimas de discursos odiosos, entre os quais se destaca a honra. A proteção que se visa dar busca a efetividade da remoção de conteúdos em uma sociedade cada vez mais digitalizada e conectada, em que os conteúdos são facilmente repassados e compartilhados, fazendo com que os Estados sejam forçados a emitir respostas que se coadunem com o novo quadro que se apresenta, cada vez mais sofisticado e desafiador. A NetzDG tem o mérito de rapidamente fornecer uma resposta aos usuários e ofendidos, mesmo que com restrições quanto à liberdade de expressão, que acaba por ser comprometida para ceder espaço à sobreposição de outros bens jurídico-fundamentais, especialmente a honra e a dignidade da pessoa humana.

Cabe ainda ressaltar que a autorregulação não inibe a reparação civil dos danos, nem a persecução penal pelos poderes estatais,⁷² os quais são independentes das medidas adotadas no âmbito extrajudicial. Para diminuição das críticas ao modelo, já há sugestões da adoção de um modelo híbrido, que congregue os âmbitos extrajudicial e judicial, com técnicas de direito administrativo e os sistemas de mediação eletrônico com a participação de um *ombudsman*, o que contribuiria não apenas para a diminuição das críticas, mas para a participação do Estado no processo de tomada de decisão sobre remoção de conteúdos ilegais, os quais, como mencionado alhures, envolvem, em última instância, direitos fundamentais.⁷³ Em outra linha, defende-se a arbitragem em nível judicial para a resolução dos conflitos envolvendo a retirada de conteúdos *on-line*, o que certamente se agrega a outras soluções inovadoras que podem ser pensadas a partir do novo panorama trazido pela edição da lei.⁷⁴

6 Discurso de ódio no Brasil

A liberdade de expressão no Brasil é garantida pelo art. 5º, IV da Constituição Federal, a qual prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. No mesmo sentido, o inc. VI do mesmo artigo dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos

⁷² EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 85. Prova disso é a necessidade de armazenamento do conteúdo para fins de prova por dez semanas, segundo o §3 (2 (4)).

⁷³ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 173.

⁷⁴ EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 86.

cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. O inc. IX, da mesma forma, possui conexão direta com a liberdade de expressão e prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Seu conteúdo diz respeito às mais diversas manifestações, entre elas aquelas não verbais, como ocorre na liberdade de expressão artística, musical e artes plásticas, por exemplo. Sua interpretação deve se dar de modo mais amplo possível, abrangendo “convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos”.⁷⁵ Ademais, o âmbito da liberdade de expressão é visto tanto sob o ângulo positivo quanto sob o negativo. Sob o viés positivo, tem o indivíduo a faculdade de se manifestar, enquanto o viés negativo informa a possibilidade de não se manifestar ou não se informar, em particular quando não se deseja. Forte, aqui, é a presença de uma dimensão subjetiva, que diz respeito aos direitos de defesa, sendo oponível ao Estado,⁷⁶ que não pode restringir uma manifestação que se mostre legítima e de acordo com a ordem constitucional vigente, além de uma dimensão objetiva, que destaca o papel da garantia para toda a coletividade, extrapolando o mero interesse individual.

Os limites à liberdade de expressão podem ser retirados do texto constitucional, os quais podem ser resumidos, do ponto de vista das prescrições expressas constitucionais, na vedação da censura e na proibição do anonimato, previstas no inc. IX. O art. 220 da CF também dispõe sobre a proibição de censura em atividades de natureza política, ideológica e artística. Tais restrições, assim, podem ocorrer de maneira prévia, mas apenas em hipóteses excepcionais, em que verificada a prevalência de outros valores constitucionais, pois a regra que se extrai é que eventuais danos e prejuízos devem ser buscados pela via da responsabilidade civil, em momento posterior, sem que se prejudique o exercício da liberdade de expressão.

Um caso paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal se refere às biografias não autorizadas (ADI nº 4.815), em que a Corte assentou que a liberdade de expressão tem precedência e que o eventual abuso não pode inviabilizar o uso do direito, sem que se fale em prévia autorização por parte do biografado. A favor também da preponderância da liberdade de expressão, o Min. Luís Roberto Barroso consignou em seu voto que os direitos do biografado podem ser defendidos pelas seguintes medidas *a posteriori*: retificação, direito à resposta, indenização e até mesmo a responsabilização penal, não se podendo falar em uma desproteção constitucional.⁷⁷

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 502.

⁷⁶ JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auf. Tübingen: Mohr, 1919. p. 87.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815*. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Exemplos são abundantes na jurisprudência constitucional brasileira, alguns podendo ser tomados como definidores das diretrizes a serem adotadas no delineamento da matéria das restrições. Em um caso que versava sobre racismo religioso, um padre publicava livros que difamavam a religião espírita, praticando proselitismo religioso, quando há negação e desconsideração dos demais credos e religiões.⁷⁸ Neste caso, mesmo que as manifestações fossem condenáveis do ponto de vista moral e ético, não foram configurados os pressupostos para a persecução penal, enquadrado no tipo penal do racismo, conforme o art. 20 da Lei nº 7.716/89. Chama atenção o fato de que não apenas a liberdade de expressão estava em causa, como também a liberdade religiosa. Conforme o relator, Min. Edson Fachin, aquela pode ser tida por “elemento fundante da ordem constitucional”. Em atenção ao caso, o min. relator destacou que a religião católica tem uma pretensão universalista, no sentido de tentar converter o maior número de pessoas possível, o que ficou configurado no caso pelos eventos descritos no processo. O caso jogou luz sobre dois direitos caros a qualquer Estado democrático e que devem sofrer escrutínio pormenorizado, sob pena de restrições injustificadas e que podem pautar as demais decisões que versem sobre a temática.

Ainda no tema do conflito de bens constitucionais, outra aplicação se deu em um dos casos mais emblemáticos sobre discurso de ódio, por ocasião do julgamento do HC nº 82.424/RS, também conhecido como caso Ellwanger, em que este editava livros negacionistas e o próprio paciente havia publicado obras de sua autoria negando o genocídio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha. Aquele fora condenado pela prática de racismo, segundo o art. 20 da Lei nº 7.716/89, tendo recorrido da decisão por entender que o povo judeu não poderia ser considerado raça, motivo pelo qual não havia fundamentos para a manutenção da condenação, devendo também ser declarado prescrito o crime.

A ordem foi negada por 8 votos a 3 e, embora sendo um julgamento com posicionamentos variados, alguns devem ser destacados. O Min. Celso de Mello negou a ordem, consignando que a liberdade de expressão não se presta à salvaguarda de condutas tipificadas penalmente, além de afirmar que o conceito de raça envolve aspectos culturais e sociais. Ainda, limitações para atender às exigências advindas do princípio da convivência de liberdades são aptas a justificar a limitação da liberdade de expressão. O Min. Gilmar Mendes, por seu turno, avaliou que existiria um conflito de direitos fundamentais, de modo que seria o caso de se proceder ao uso do preceito da proporcionalidade, devendo a igualdade se sobressair em relação à liberdade de manifestação.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Em relação aos votos vencidos, merece destaque o voto do Min. Carlos Ayres Britto, que destacou que não apenas os negros, mas também os judeus podem ser vítimas de racismo, em razão de características histórico-culturais inconfundíveis. Contudo, a conduta do paciente não se caracterizaria como um ilícito penal, dado que sua intenção se dirigia apenas ao revisionismo da história. O min. ressalta que o paciente não incitou à violência, pois sua atitude esteve restrita ao plano da reflexão. A Constituição asseguraria da mesma maneira o pluralismo político, que consistiria na liberdade de expressar opiniões diversas. Por fim, o paciente não desprezou ou hostilizou o povo judeu a ponto de os considerar sub-raça, porém, ao contrário, imputou-lhes uma atitude de superioridade.⁷⁹

Em síntese, o STF reconheceu que a liberdade de expressão não comporta manifestações de cunho racista, mesmo que não se valham de violência física. As manifestações discriminatórias se revelariam ilícitos penais e, como tais, não podem ser albergadas por tal direito. Este é, portanto, um dos julgados mais importantes em termos de discurso de ódio, mesmo que a fundamentação seja diversa conforme os votos apresentados.

Em um recente precedente, o STF tornou crime a prática de homofobia e transfobia, equiparando-as ao crime de racismo, com uma argumentação que pode ser dividida em três partes.⁸⁰ Este caso envolve questões ligadas à ausência de lei, é dizer, à mora legislativa do Congresso Nacional para legislar sobre discriminações que atentem contra liberdades fundamentais, aspecto que atinge a homofobia. Contudo, o debate se torna complexo se são mesclados o ativismo judicial e a judicialização da política.⁸¹ Estes são temas latentes no constitucionalismo contemporâneo e revelam a sua robustez ao envolverem princípios como a separação de poderes e o Estado democrático de poderes.

Se, por um lado, o STF fica atrelado e presta rigorosa observância ao princípio da separação dos poderes, a efetividade das disposições constitucionais que versam sobre discriminação acaba por ser atingida, dado que o estado atual que consiste

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 17 set. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁸⁰ Conforme proposto na ADO nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello: “O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 9 ago. 2019).

⁸¹ Sobre as temáticas, ver: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 2 set. 2019.

na ausência da lei perdura, enquanto bens de hierarquia constitucional são violados quotidianamente no quadro da sociedade. Contudo, se o Tribunal, em resposta aos mandamentos constitucionais que dispõem sobre igualdade e não discriminação, se inclina em direção à criminalização da homofobia, discussões antes levantadas, como o ativismo judicial e a judicialização da política, são trazidas à baila. Tal cenário pode comprometer a separação dos poderes, visto que o Poder Judiciário se arroga uma competência que não lhe foi atribuída pela Constituição e não lhe é dada em Estados democráticos, em que os poderes se respeitam mutuamente e exercem o controle pelo sistema de *checks and balances*.⁸²

Em relação à liberdade de expressão na internet, a remoção de conteúdos ilícitos também vem sendo objeto de grandes debates e controvérsias no Brasil, seja nos âmbitos doutrinário, legislativo ou judicial. Em 2014, foi editado o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual prevê no art. 19 que, para fins de resguardo da liberdade de expressão, a responsabilização do provedor na internet se inicia apenas se, após ordem judicial específica, ele não remover o conteúdo gerado por terceiros.⁸³ Essa redação gerou diversas críticas da doutrina sobre um retrocesso em relação ao modelo vigente anteriormente, que se baseava em um entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dado o vazio normativo em relação a remoções de conteúdos ilícitos. Esse modelo é reconduzido ao de reserva de jurisdição, o qual prescreve que a remoção se dá por ordem do Poder Judiciário, através de provocação do interessado e *a posteriori*.⁸⁴

Assim, em período anterior à vigência do Marco Civil da Internet, o STJ se orientava no sentido da retirada da manifestação ofensiva em 24 horas, sob pena de responsabilização do provedor de forma solidária com o autor do conteúdo.⁸⁵ Após a lei, o STJ passou a aplicá-la,⁸⁶ o que reduziu, segundo a doutrina, o grau de proteção das vítimas e usuários e aumentou o das sociedades empresárias que

⁸² DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. No prelo.

⁸³ Prevê o art. 19 que “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

⁸⁴ 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. p. 169.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.323.754*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 jun. 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271323754%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271323754%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271323754%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271323754%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 2 set. 2019.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.642.997/RJ*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 12 set. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1642997&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>. Acesso em: 2 set. 2019.

exploram as redes sociais.⁸⁷ A lei, em seu art. 21, contém uma ressalva quanto a vídeos, fotos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, quando, após o recebimento da denúncia, deixar de promover a indisponibilização do conteúdo.⁸⁸

Pelas restrições causadas aos usuários, a doutrina tem defendido uma ampliação da interpretação do art. 19, a partir da parte final, que inclui uma exceção em caso de “disposições legais em contrário”. Portanto, os provedores poderiam ser responsabilizados pela inércia em casos de ofensa aos “direitos da personalidade, danos à imagem de empresas, crimes contra a honra, violação da propriedade intelectual, fraudes, ameaças, pornografia infantil, racismo etc.”.⁸⁹ Na mesma esteira de pensamento, afirma-se que a lei estabeleceu uma prevalência *a priori* da liberdade de expressão em relação a valores como honra e imagem, além de ter violado a defesa do consumidor, previsto no art. 5º, XXXII, da Constituição.⁹⁰

O Brasil, ao condicionar o início da responsabilidade à notificação judicial, no meio digital, acaba por privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outros bens jurídico-fundamentais, como a honra e dignidade das vítimas de discurso de ódio, o que acaba por destoar do modelo adotado por países como a Alemanha, que adotou o modelo de autorregulação. Este modelo tem por finalidade delegar a tarefa de remoção de conteúdos de discurso de ódio às redes sociais, o que tem por vantagem haver uma breve análise das denúncias e célere remoção para aqueles considerados manifestamente ilegais – em até 24 horas e sete dias para os demais casos de ilegalidade. O modelo brasileiro, por sua vez, fundado na reserva de jurisdição, acaba por ser mais ineficiente na proteção das vítimas – o que gera como consequência danos à sua dignidade e honra –, que se veem obrigadas a dispenderem recursos e tempo perante o Poder Judiciário para verem removidos conteúdos que lhes sejam hostis, caso a notificação não seja atendida na esfera extrajudicial, por denúncia direta à plataforma.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de et al. (Coord.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 289-290.

⁸⁸ O art. 21 dispõe que “o provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”.

⁸⁹ VAINZOF, Rony. Da Responsabilidade por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros. In: DEL MASSO, Fabiano et al. (Coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/14*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 203.

⁹⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: LUCCA, Newton de et al. (Coord.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 316-317.

Entretanto, tendo em vista o catálogo pátrio de direitos fundamentais, em aproximação à dogmática destes direitos desenvolvida na Alemanha, pode-se concluir que o direito brasileiro está apto a oferecer proteção às vítimas de discurso de ódio, a partir de uma interpretação da lei à luz da Constituição, que já garante o direito à honra, igualdade e não discriminação. Desta maneira, o entendimento que mais se coaduna com os princípios constitucionais é aquele que não limita a responsabilidade à notificação judicial, mas considera outras disposições legais e constitucionais para que haja a responsabilização do provedor pela inércia na remoção do conteúdo após o recebimento da notificação, ressalva feita na parte final do art. 19 do Marco Civil da Internet.

7 Considerações finais

Depreende-se do acima exposto que os sistemas jurídicos brasileiro e alemão possuem similaridades quanto à liberdade de expressão, conferindo a este direito um valor especial na ordem jurídica. Todavia, na Alemanha, em matérias como o discurso de ódio, existe uma preponderância de outros valores, como a dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e não discriminação. Isso porque, na ordem jurídica alemã, a dignidade da pessoa humana é o valor fundante do ordenamento jurídico e deve ser considerado na interpretação das controvérsias de natureza constitucional.

O discurso de ódio neste sistema não tem guarida, sendo, inclusive em alguns casos, como na negação do holocausto, crime sua manifestação. Isto se dá em face de questões de cunho histórico e que são particulares ao Estado alemão, em face dos atos de barbárie levados a cabo durante a Segunda Guerra Mundial. Assim, a Alemanha desenvolveu uma doutrina e jurisprudência relevantes sobre a temática, servindo de modelo para diversos outros países, em razão do sistema protetivo para as vítimas.

Outra questão a ser relevada neste modelo é a edição da Lei de Aplicação na Rede (NetzDG), a qual foi editada em 2017 a fim de coibir o discurso de ódio nas redes sociais, as quais, como se sabe, são um terreno fértil para manifestações hostis contra grupos minoritários e vulneráveis. A lei serve de instrumento para que os danos sofridos sejam reduzidos ao máximo, principalmente sabendo que a velocidade com que as informações são difundidas torna as vítimas ainda mais vulneráveis e propensas a hostilidades. Apesar da miríade de críticas que se dirige à nova legislação, a propósito de sua limitação da liberdade de expressão, a lei tem se mostrado importante veículo de salvaguarda dos direitos fundamentais, alcançando sua função na proteção de bens de natureza constitucional e atuando como fator de inibição de discursos ofensivos.

O sistema brasileiro, por sua vez, também condena o discurso de ódio, a exemplo dos julgados colacionados, sendo o caso do HC nº 82.424/RS um marco na jurisprudência dos direitos humanos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, firmando-se o entendimento em favor da restrição da liberdade de expressão e em favor da dignidade humana e do princípio da igualdade e não discriminação. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não parece seguir o mesmo entendimento no que diz respeito à remoção de conteúdos ilícitos na internet, o que se deixa transparecer pela redação do art. 19 do Marco Civil da Internet. Ao prever a responsabilização do provedor apenas após a notificação da ordem judicial específica, a lei obriga as vítimas de discursos hostis a demandarem a retirada do conteúdo através do Poder Judiciário, o que se revela em descompasso com a velocidade das comunicações na internet e com a possibilidade de danos aos direitos da personalidade causados pela permanência do conteúdo e de sua rápida difusão.

A liberdade de expressão, assim, prevalece na legislação no âmbito da internet, que se transmutou no maior *forum publicum* para a discussão de ideias. Essa proteção, contudo, pode advir de uma interpretação da parte final do art. 19, ao tratar das disposições contrárias previstas em lei, com a Constituição Federal, que já possui um sofisticado rol de direitos fundamentais, aptos a proteger os direitos das vítimas de discurso de ódio. Por conseguinte, situações de violação a direitos da personalidade, por exemplo, previstas no Código Civil, poderiam dispensar a ordem judicial, necessitando de notificação do interessado.

Neste ponto, a aproximação com o direito alemão parece ser mais consentânea com os próprios direitos fundamentais previstos pelo Constituinte brasileiro, a fim de torná-los efetivos e atuantes nos mais diferentes âmbitos da sociedade. Tal aproximação deve se dar a partir de uma interpretação que limite a liberdade de expressão em favor de direitos que resguardem os ofendidos em um ambiente, como a internet, de frequentes violações e hostilidades, em clara incompatibilidade com bens protegidos constitucionalmente.

Referências

ALEXY, Robert. Grundrechte, Abwägung und Rationalität. In: ZACCARIA, Giuseppe (Ed.). *Ars Interpretandi*. Yearbook of Legal Hermeneutics. Vernunft und Interpretation. Münster: LIT, 2002. v. 7.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BENDA, Ernest. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen *et al.* (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HVerfR)*. 2. neubearb. und erw. Aufl. Berlin, New York: Walter de Gruyter & Co, 1994.

BITTAR, Carlos Alerto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law (Part I). *German Law Journal*, n. 4, 2003.

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.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

DÜRIG, Günter. Die *Verwirkung von Grundrechte nach Artikel 18 des Grundgesetzes*. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre. *Juristen Zeitung (JZ)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952.

ECHIKSON, William; KNOTD, Olivia. *CEPS Researching Project Germany's NetzDG: a key test for combatting online hate*. Disponível em: www.ceps.eu. Acesso em: 2 set. 2019.

EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental alemã no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan *et al.* *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>. Acesso em: 2 set. 2019.

FREE WORLD CENTRE. *Article 19: Germany Responding to "hate speech"*. Londres: Article 19, 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: 2 set. 2019.

GELBER, Katharine. Hate speech – Definitions & empirical evidence. *Constitutional Commentary*, v. 32, p. 619-629, 2017.

GLAESER, Walter Schmitt. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Teil 2. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, Band 97, Tübingen, p. 276-298, 1972.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: LUCCA, Newton de *et al.* (Coord.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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, p. 299-335, 2005.

- HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Coord.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1994.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: Müller Verl., 1999.
- ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Auf. Heidelberg: Müller, 2004. B. II.
- JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auf. Tübingen: Mohr, 1919.
- KAHN, Robert A. Cross-burning, holocaust denial and development of hate speech Law in the United States and Germany. *Detroit Mercy Law Review*, n. 163, p. 163-194, 2006.
- KAYE, David. *Mandate of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues?opinion/Legislation?OL-DEU-1-2017.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.
- LOBO, Sascha. Die stumpfe Pracht des NetzDG. *Spiegel Netzwelt*, 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzdg-berechtigtes-getoese-um-ein-daemliches-gesetz-a-1185973.html>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1994.
- MATSUDA, Mari. Public response to racist speech: considering the victim's story. *Michigan Law Review*, v. 87, p. 2320-2381, 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MONG, Attila. As German hate speech law sinks Titanic's Twitter post, critics warn new powers go too far. *CPJ*, 23 jan. 2018. Disponível em: <https://cpj.org/blog/2018/01/as-german-hate-speech-law-sinks-titanics-twitter-p.php>. Acesso em: 2 dez. 2019.
- NUNZIATO, Dawn Carla. The marketplace of ideas online. *Notre Dame Law Review*, v. 94, n. 4, p. 1519-1584, abr. 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.
- OSSENBÜHL, Fritz. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl). Köln: Carl Heymanns, 1995.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009.
- RÜFNER, Wolfgang. Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz. In: SELMER, Peter; MÜNCH, Ingo von (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

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 jul. 2019.

SCHNEIDER, Marcel. Wie missbraucht man seine Grundrechte? 70 Jahre Grundgesetz – die Grundrechtsverwirkung aus Art. 18 GG. *Legal Tribune Online*, 4 maio 2019. Disponível em: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/70-jahre-gg-art-18-grundrechte-missbrauch-verwirkung-wehrhafte-demokratie/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de *et al.* (Coord.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TSEIS, Alexander. Dignity and speech: the regulation of hate speech in a democracy. *Wake Forest Law Review*, n. 44, p. 497-532, 2009.

UN. High Commissioner for Human Rights. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: addendum. *United Nations Digital Library*, 2013. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/746343>. Acesso em: 28 jul. 2019.

VAINZOF, Rony. Da Responsabilidade por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros. In: DEL MASSO, Fabiano *et al.* (Coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/14*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

WINTER, Chase. AfD politician ‘censored’ under new German hate speech law for anti-Muslim tweet. *DW News*, 2 jan. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/en/afd-politician-censored-under-new-german-hate-speech-law-for-anti-muslim-tweet/a-41992679>. Acesso em: 2 dez. 2019.

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

ZIPURSKY, Rebecca. The network enforcement act and freedom of expression. *Fordham International Law Journal*, v. 42, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HARFF, Graziela; DUQUE, Marcelo Schenk. Discurso de ódio nos contextos alemão e brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 199-225, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1350.
