



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

ANA PATRICIA VIEIRA CHAVES MELO

DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS NO BRASIL: análise da
possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o
tratamento constitucional e internacional

SÃO CRISTÓVÃO-SERGIPE-BRASIL

ANA PATRICIA VIEIRA CHAVES MELO

DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS NO BRASIL: análise da
possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o
tratamento constitucional e internacional

Dissertação como requisito para obtenção de
Título de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal
de Sergipe; área de concentração:
Constitucionalização do Direito; linha de
pesquisa Processo de Constitucionalização dos
Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e
metodológicos, da Universidade Federal de
Sergipe.

**Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da
Silva**

SÃO CRISTÓVÃO-SERGIPE-BRASIL
2019

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

Melo, Ana Patrícia Vieira Chaves
M528d Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil : análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional / Ana Patrícia Vieira Chaves Melo ; orientadora Lucas Gonçalves da Silva. – São Cristóvão, SE, 2019.
169 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2019.

1. Direitos fundamentais. 2. Discurso de ódio na internet. 3. Redes sociais. 4. Liberdade de expressão. 5. Controle da constitucionalidade. I. Silva, Lucas Gonçalves da, orient. II. Título.

CDU 342.727:004.738.5

ANA PATRICIA VIEIRA CHAVES MELO

DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS NO BRASIL: análise da
possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o
tratamento constitucional e internacional

Defesa da Dissertação de Mestrado orientada pelo
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva, apresentada
à banca examinadora designada pelo Colegiado
do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Sergipe, em __ de junho
de 2019.

Os membros da Banca Examinadora consideram a candidata: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (Orientador)
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Profª Drª Têmis Limberger (membro externo)
Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Profª. Dra. Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (membro externo)
Universidade Tiradentes – UNIT

Dedico este trabalho a meu esposo Bricio, por sonhar comigo este sonho, apoiar-me e compreender os sacrifícios pessoais, e a meus filhos Antônio Augusto e Maria Eduarda, gestados e nascidos em meio à árdua e desafiadora dedicação à pesquisa e produção acadêmica. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

A Deus, que conduz minha vida e tem planos para mim melhores do que eu posso imaginar! A Ele dou glória por este aprendizado, pelas lutas e pelas vitórias e, em especial, por ter permitido realizar, nesse período, uma das minhas vocações: estudar, pesquisar e lecionar. Grata sou, Senhor, pelos sonhos que tens permitido realizar.

A meu esposo Bricio, que, além de comungar a vida comigo e construir, nesse período de mestrado, a família que tanto sonhamos, sonhou comigo este sonho, comungou do mesmo objetivo, apoiou-me, incentivou-me e foi meu porto seguro nos momentos mais difíceis. Foi muito especial ter você como colega neste mestrado e repetir o que tem permeado nossa história desde os tempos de discentes da graduação na UFS. Sem o seu apoio não chegaria até aqui, amor de minha vida!

A meus filhos, Antônio Augusto e Maria Eduarda, gestados e nascidos no período de dedicação à pesquisa, maiores dádivas que recebi das divinas mãos. Vocês me ensinam a essência do amor e me fazem querer ser melhor a cada dia. São a tradução, em minha vida, da própria felicidade, parte do meu ser.

A meus pais, Antônio de Pádua Vieira Chaves e Vandete Santos Chaves, por terem dedicado suas vidas em prol do meu crescimento como pessoa e estudante. A meu pai, por ter sempre investido o melhor na minha educação e me ensinado a valorizar o conhecimento, o saber. A minha mãe, por ter sempre acompanhado tão zelosamente minha vida, inclusive acadêmica, com carinho e dedicação, por vezes em detrimento de seus próprios sonhos. Saibam que essa vitória também é de vocês. Gratidão e amor por vocês!

A minha irmã, Ângela Cristina, a quem considero “irmã”, com seu cuidado fraternal quando meus pais não puderam estar presente fisicamente, e que sempre se orgulhou de mim em toda minha vida acadêmica e profissional. Você esteve sempre ao meu lado nessa trajetória vibrando por mim. Amo você!

A meu orientador, Lucas Gonçalves da Silva, que me orientou com maestria em tema que é de seu domínio. Meu muito obrigado não apenas por todo o incentivo acadêmico, mas pela amizade que se iniciou.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, por ter concedido licença para cursar o Mestrado em Direito, sem a qual não seria possível a sua realização. Agradeço a todos os Procuradores de Justiça integrantes do Conselho Superior, destacando nominalmente Dra. Marilene Pereira Mota, profissional por quem nutro profunda admiração, e ao Dr. Nivaldo Aquino.

Aos professores do Mestrado, que muito contribuíram para minha formação e pesquisa acadêmicas. Destaco, em especial, os professores Luciana Aboim, Flávia Pessoa e Clóvis Falcão.

A todos os amigos pela compreensão em razão da ausência durante esse período de dedicação aos estudos. Agradeço, em especial, meu amigo Luiz, por ter incentivado este meu sonho, por sua prestividade sem medidas, e por ter compartilhado comigo sábios conselhos, sempre no momento certo.

Aos colegas do mestrado, com os quais aprendi bastante nas longas e profundas discussões em cada matéria cursada. Os diferentes pontos de vista foram importantes no aprofundamento proposto pelo Mestrado. Dentre todos, destaco os meus colegas Mariana Amaral, Carla Vanessa Prado e Yan Cápua, pela amizade e prestatividade.

A Universidade Federal de Sergipe, pela qual nutro grande respeito e sentimento, que tanto contribuiu para meu crescimento acadêmico e profissional, culminando neste estudo e pesquisa. Agradeço, em especial, a todos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, PRODİR.

“It would of course be preferable if hate could be defeated by reason. But since unfortunately that has failed all too often, there seems no alternative but to combat hate speech through regulation in order to secure a minimum of civility.” (ROSENFELD, 1987, p. 63).

RESUMO

O discurso do ódio vulnera a dignidade da pessoa humana e impossibilita a participação em espaços democráticos de discussão. As redes sociais ampliam o seu poder, pela velocidade das informações, falta de fronteiras e dimensão pública proporcionada, tornando-se um campo propício para a disseminação dos discursos do ódio. Diante disso, é possível um maior controle sobre o discurso do ódio praticado nas redes sociais, de modo a resguardar no meio ambiente digital os mesmos direitos e deveres que os cidadãos têm *offline*? A pesquisa tem por objetivo analisar se seria possível uma restrição por meio de instrumentos jurídicos da liberdade de expressão, em função dos discursos de ódio nas redes sociais e, em caso positivo, se essa regulamentação ocorreria pelas vias legislativa, administrativa e/ou judicial. Assim, analisar-se-á a experiência estrangeira quanto ao tratamento do discurso do ódio, centrada nos dois principais modelos: o americano e o alemão. Na perspectiva do código binário do direito, o discurso do ódio não constitui exercício legítimo da liberdade de expressão, mas sim ilícito. A não regulamentação do discurso do ódio nas redes sociais constitui violação, por omissão, dos direitos humanos, especialmente os comunicativos, à luz da Constituição pátria e dos instrumentos internacionais de direitos humanos. A dimensão filosófica necessária ao debate, centrada nas discussões dos jusfilósofos contemporâneos Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a proibição do discurso de ódio e as respectivas consequências para a legitimidade da discussão política, faz-se essencial a fim de proporcionar padrões claros e coesos de restrições à liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio nas redes sociais, reservando-se aos casos em que não seja possível a composição posterior do dano. Com efeito, o tratamento constitucional e internacionalmente adequado é o da impossibilidade de haver censura prévia, responsabilizando-se, porém, o autor do discurso pelos abusos que cometer. Utilizou-se pesquisa qualitativa exploratória-descritiva sobre liberdade de expressão, sociedade em rede, discurso do ódio, controle legislativo e judicial.

Palavras-chave: Discurso do ódio; Redes sociais; Liberdade de expressão; Controle legislativo; Controle judicial.

ABSTRACT

The hate speech violates the dignity of the human person and disable the participation in democratic spaces of debate. Social networks increase their power, through the speed of information, the lack of borders and the provided public dimension, turning up a propitious scenario for the dissemination of hate speech. Faced with this situation, is it possible to have greater control over the hate speech practiced on social networks, so as to safeguard in the digital environment the same rights and duties that citizens have offline? The research aims to analyze whether it would be possible to restrict freedom of expression according to hate speech in social networks and, if so, whether such regulation would take place through legislative, administrative and/or judicial routes. Thus, we will analyze the foreign experience regarding the treatment of hate speech, focused on the two main models: the american and the german. In the perspective of the binary code of law, hate speech is not a legitimate exercise of freedom of speech, but rather an illicit one. The non-regulation of hate speech in social networks is a violation, by omission, of human rights, especially communicative rights, based on the Constitution and international human rights instruments. The philosophical dimension necessary to the debate, based on the discussions of contemporary law philosophers Ronald Dworkin and Jeremy Waldron on the prohibition of hate speech and its consequences for the legitimacy of political discussion, is essential in order to provide clear and cohesive patterns of restrictions to freedom of speech in the context of the hate speech in social networks, being restricted to the cases in which it is not possible the later composition of the damage. Consequently, the constitutional and internationally appropriate treatment is the impossibility of prior censorship, becoming, however, the author of the speech responsible for the abuses he commits. A qualitative exploratory-descriptive research on freedom of expression, network society, hate speech, legislative and judicial control was used.

Keywords: Hate speech; Social Networks; Freedom of Speech; Legislative Control; Judicial Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	17
1.1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	17
1.2 FUNDAMENTOS LEGITIMADORES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	25
1.2.1 Busca da verdade.....	25
1.2.2 Democracia.....	26
1.2.3 Dignidade da pessoa humana.....	30
1.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS.....	36
1.4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	41
2 DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS.....	45
2.1 CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO.....	45
2.1.1 Discurso do ódio nas redes sociais.....	53
2.2 DA SUPOSTA COLISÃO DE DIREITOS HUMANOS NO DISCURSO DO ÓDIO E DA NÃO APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE.....	58
2.3 DEBATE FILOSÓFICO: DWORKIN X WALDRON.....	67
2.4 DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS.....	76
2.4.1 Sistema americano.....	77
2.4.2 Sistema alemão.....	90
3 REGULAMENTAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS.....	103
3.1 SISTEMA INTERNACIONAL.....	104
3.1.1 Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	109
3.1.1.1 Estudo de caso.....	109
3.2 TRATAMENTO BRASILEIRO.....	113
3.2.1 Jurisprudência.....	113
3.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O BRASIL.....	118
3.3.1 Legitimidade dos controles legislativo, judicial e administrativo.....	118
3.3.2 Controles legislativo e administrativo.....	123
3.3.3 Controle judicial.....	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
REFERÊNCIAS.....	142
ANEXO A – Projeto de Lei do Senado nº 323/2017.....	162

ANEXO B – Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Netz DG)	164
--	-----

INTRODUÇÃO

O discurso do ódio, entendido como manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis no que diz respeito à sua própria identidade, em virtude de raça, cor, etnicidade, identidade cultural, nacionalidade, sexo, orientação sexual, religião, deficiência, dentre outros fatores, traz à lume, de um lado, os direitos à liberdade de expressão e democracia, e, por outro, os direitos à dignidade da pessoa humana, à igualdade, a vedação à discriminação e a criminalização do racismo.

As manifestações de ódio perpassam o cenário mundial da atualidade, seja na Europa, com práticas de intolerância e discriminação em virtude da condição de refugiado ou de imigrante ou em função de religião, a exemplo do recente atentado terrorista que atingiu o jornal satírico francês, seja nos Estados Unidos, onde, após campanha presidencial de Donald Trump, permeada por discursos xenófobos e racistas, recrudesceram o discurso e as manifestações de intolerância, o que trouxe à lume a importância de discutir os limites da liberdade de expressão no contexto do discurso do ódio.

Na era da sociedade em rede, que se comunica preferencialmente em redes sociais, recrudescer o impacto das manifestações de discurso do ódio na vulneração da dignidade da pessoa humana das vítimas. A disseminação rápida de informações nas redes sociais, a falta de fronteiras espaciais e temporais numa perspectiva de audiência global, aliadas à dimensão pública e ao apoio obtido com a manifestação do discurso do ódio, ampliam o alcance das manifestações de intolerância e aversão à alteridade. Diante disso, é possível um maior controle sobre o discurso do ódio praticado nas redes sociais, de modo a resguardar no meio ambiente digital os mesmos direitos e deveres que os cidadãos têm *offline*? A pesquisa tem por objetivo analisar se seria possível uma restrição por meio de instrumentos jurídicos da liberdade de expressão, em função dos discursos de ódio nas redes sociais.

Nesse contexto, analisar-se-á, nessa pesquisa, a possibilidade e legitimidade de maior controle do discurso do ódio nas redes sociais no Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988 e do direito internacional e, em caso positivo, se essa regulamentação ocorreria pelas vias legislativa, administrativa e/ou judicial. Para tanto, investigar-se-ão os sistemas americano e alemão, cuja doutrina e jurisprudência a respeito

do tema se desenvolveram de forma profícua, por representarem os dois modelos da democracia ocidental a respeito do discurso do ódio.

Em uma sociedade regida pelo pluralismo de ideias, surge, em múltiplas versões, o discurso do ódio. No contexto da sociedade em rede, o ciberespaço utiliza seus próprios códigos de informação e cultura e proporciona disseminação dos discursos do ódio em velocidade até então desconhecida e com consequências, na maior parte das vezes, irreversíveis. Nesse contexto, a virtualidade integra a realidade e promove a segregação de pessoas, tornando-se um campo propício para a disseminação dos discursos do ódio. Abordam-se, pois, as realidades conflitantes entre os benefícios da *internet* – notadamente a proporção sem precedentes fornecida à liberdade de expressão – e seus perigos, a saber, a possibilidade de o discurso de ódio ser disseminado ao redor do mundo em questão de segundos e de permanecer persistentemente disponível.

No contexto internacional, entrou em vigor, em 2018, na Alemanha, lei que regulamenta discurso de ódio na *internet*, colimando restringir o discurso de ódio e os conteúdos ilegais e ofensivos na *internet*. A nova legislação obriga as redes sociais com mais de dois milhões de usuários a excluir conteúdos supostamente ofensivos e a barrar usuários dentro do prazo legal.

Em junho de 2015, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou o primeiro caso envolvendo a responsabilização de um portal de *internet* por comentários efetuados por usuários caracterizadores de manifestações do discurso do ódio. Segundo entendimento firmado pelo Tribunal de Estrasburgo, portais de notícias da *internet* que, para fins comerciais e profissionais, proporcionam plataforma para comentários de usuários assumem os deveres e responsabilidades associados à liberdade de expressão, em conformidade com o parágrafo 2^a do artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, aplicável aos usuários que divulgam discurso de ódio ou declarações de incitamento direto à violência.

No Brasil, malgrado sejam constantes as manifestações de ódio nas redes sociais, tais como as mensagens de ódio que circularam nas redes sociais contra a vereadora assassinada Mariele, contra médicos cubanos contratados pelo governo através do programa “Mais Médicos” e imigrantes haitianos, de racismo contra a Miss Brasil 2017 e em desfavor da apresentadora de televisão Maju, não há norma regulamentadora de limitações ao discurso do ódio, nem daquele manifestado nas redes sociais nem tampouco através de outros meios de comunicação. Somem-se a isso as inúmeras

manifestações de discurso do ódio contra nordestinos proferidas nas redes sociais por ocasião do resultado das eleições presidenciais de 2014.

Nesse contexto, verificar-se-á se é possível, no ordenamento jurídico pátrio e à luz da Constituição Federal de 1988 e do direito internacional, na perspectiva do controle de convencionalidade, estabelecer limites ao discurso do ódio nas redes sociais por meio da regulamentação das manifestações do discurso do ódio, estabelecendo direitos e deveres dos usuários e administradores das redes sociais, ou se, ao contrário, deve-se deixar que as manifestações do discurso do ódio continuem a ser dirimidas pelo juiz constitucional, baseado apenas no método da ponderação, com esteio exclusivo no princípio da proporcionalidade.

Essa análise ocorre em uma perspectiva de Constitucionalização do Direito, em que há a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que os direitos fundamentais dos indivíduos devem ser respeitados e observados mesmo nas relações interprivadas, como se dá em interações em redes sociais. Ademais, uma vez que se conferiu força normativa aos princípios, a análise do tema passará pelo vetor interpretativo da Constituição quanto ao problema em questão.

Com o escopo de desenvolver esta pesquisa, dividiu-se a abordagem em três capítulos. No primeiro capítulo, far-se-á uma pesquisa sobre o direito fundamental à liberdade de expressão bem como dos respectivos limites, colimando averiguar se o discurso do ódio nas redes sociais constitui exercício legítimo do direito fundamental à liberdade de expressão ou exercício abusivo deste direito. Para tanto, serão abordados os fundamentos legitimadores da liberdade de expressão comumente invocados pela doutrina – a busca da verdade, a democracia e a dignidade da pessoa humana, demonstrando-se a conexão interna entre eles. Com o escopo de atingir o cerne desta pesquisa, será abordada a liberdade de expressão nas redes sociais. Por fim, traz-se à lume estudo acerca da possibilidade de estabelecer limites à liberdade de expressão, de modo a lançar os fundamentos para adentrar no tratamento do discurso do ódio.

No segundo capítulo, analisar-se-á, em um primeiro momento, o conceito e alcance discurso do ódio, bem como as peculiaridades de sua manifestação nas redes sociais. Nesse contexto, investigar-se-á se o discurso do ódio deve ser compreendido como uma colisão entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, numa escala gradual de valores, ou na perspectiva da investigação se há exercício lícito ou abusivo do direito à liberdade de expressão, dentro de um código binário do direito. Ademais, traz-se também a dimensão filosófica necessária ao debate,

a fim de proporcionar padrões claros e coesos de restrições à liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio nas redes sociais. Com efeito, far-se-á análise filosófica das concepções dos jusfilósofos contemporâneos Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a proibição do discurso de ódio e as respectivas consequências para a legitimidade da discussão política, ante a relevância e atualidade destas concepções para a pesquisa a respeito da necessidade de sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Analisar-se-á, a seguir, o tratamento do discurso do ódio nos sistemas americano e alemão, por serem os países em que a doutrina e jurisprudência a respeito do tema se desenvolveram de forma profícua, enfrentando, porém, o discurso do ódio sob perspectiva e pressupostos completamente distintos, decorrentes das diferenças históricas e culturais destes países, da normatização distinta da Primeira Emenda da Constituição Americana e da Lei Fundamental de *Bonn* e a decisiva influência da ideologia política sobre a jurisprudência acerca do discurso do ódio. Foram escolhidos tais sistemas por representarem os paradigmas da democracia ocidental no tratamento do discurso do ódio.

No terceiro capítulo, será investigado se a falta de regulamentação do discurso do ódio nas redes sociais, dos direitos e deveres dos usuários e mecanismos da atuação do Estado constitui violação, por omissão, dos direitos humanos, especialmente os comunicativos, à luz da Constituição pátria e dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Para tanto, será abordado o tratamento internacional do discurso do ódio nas redes sociais, especificamente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Com este desiderato, ter-se-á como paradigma o caso *Delfi AS vs. Estonia*, o primeiro julgado daquele Tribunal envolvendo a responsabilização de um portal de *internet* por comentários gerados por usuários, caracterizadores de manifestação do discurso do ódio. Em seguida, far-se-á incursão sobre o tratamento brasileiro sobre o tema, através da análise da jurisprudência brasileira acerca do discurso do ódio nas redes sociais. Pretende-se, pois, apontar possíveis soluções para o Brasil no tocante à regulamentação pelas vias legislativa, administrativa e judicial do discurso do ódio nas redes sociais. Impende ressaltar que não há uma resposta simples a ser fornecida, porquanto o discurso de ódio representa uma das mais difíceis questões acerca da liberdade de expressão.

Para o atingimento desse fim, far-se-á amplo uso da pesquisa qualitativa exploratória-descritiva sobre discurso do ódio nas redes sociais e os limites da liberdade de expressão, nas searas constitucionalista, filosófica e de Direito Internacional Público, centralizada na temática dos direitos humanos, bem como nas normas constitucionais e tratados internacionais.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste capítulo, trata-se do direito fundamental à liberdade de expressão, bem como dos respectivos limites, por constituir o fundamento da discussão sobre a possibilidade de limitação do discurso do ódio nas redes sociais.

Com esse escopo, aborda-se o conceito do direito à liberdade de expressão à luz da Constituição de 1988 e do processo de constitucionalização do Direito, o qual promoveu uma virada paradigmática no Direito, conferindo pressuposto interpretativo calcado nos ditames principiológicos do texto constitucional (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 126). Isso sem olvidar dos instrumentos internacionais, que serão abordados quando dos fundamentos legitimadores da liberdade de expressão.

Aproximando-se do tema central desta dissertação – a possibilidade e legitimidade do controle do discurso do ódio nas redes sociais no Brasil – será estudada a liberdade de expressão na *internet*, especificamente nas redes sociais, no contexto da sociedade em rede¹.

1.1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito fundamental à liberdade de expressão assumiu papel central no conceito de Democracia ocidental² e alcançou relevância no plano dos tratados internacionais. No âmbito da Constituição Federal de 1988, que promoveu uma constitucionalização do direito³, irradiando os efeitos das normas constitucionais aos

¹ A sociedade em rede, conceito desenvolvido pelo cientista política Manuel Castells em sua trilogia ‘A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura’, consiste em “uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal [...] um sistema de nós interligados. [...] As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objectivos de *performance* para a rede.” (CASTELLS, 2005, p. 20).

² A tradição democrática ocidental tem por base noção de igualdade humana fundamental, ou de igualdade intrínseca. Como Robert Dahl observou, [...] “a democracia, assim como a república de Platão, poderia não ter sido mais do que uma fantasia filosófica não fosse pela influência persistente e profunda da crença de que os seres humanos são intrinsecamente iguais em um sentido fundamental — ou pelo menos de que uma parte substancial dos seres humanos o são. Historicamente, a ideia da igualdade intrínseca adquiriu muito de sua força, em particular na Europa e nos países de língua inglesa, da doutrina comum ao judaísmo e ao cristianismo (também compartilhada pelo Islã) de que somos todos igualmente filhos de Deus. E foi precisamente nessa crença que Locke fundamentou sua proposição da igualdade natural de todas as pessoas em um estado de natureza.” (VITA, 2009, p. 65).

³ “[...] quando falamos em Constitucionalização do Direito estamos tratando da virada paradigmática ocorrida no Direito, e por conseguinte da sua interpretação para o pressuposto calcado nos ditames principiológicos do texto constitucional. (SILVA, 2014, p. 126). A constitucionalização dos direitos

outros ramos do ordenamento jurídico, foi salvaguardada sob o manto da liberdade da manifestação de pensamento, no artigo 5º, IV⁴, com a característica de cláusula geral e pétrea. Como ressalta Lucas Gonçalves da Silva, sendo o direito um sistema e, portanto, não reconduzível a uma das partes que o compõem – formado por um conjunto de conhecimentos coerente e hierarquicamente ordenados segundo princípios e teleologicamente voltados para a resolução de problemas, a análise do regime jurídico do subsistema da comunicação social deve se operar a partir do elemento situado no ápice do ordenamento – a Constituição (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 152).

No texto constitucional, foram previstos, em dispositivos específicos, a liberdade de consciência e crença, a liberdade de ensino e pesquisa, a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, a liberdade de profissão, a liberdade de comunicação e informação, entre outras, que reclamam abordagem sistemática e integrada, preservadas as peculiaridades de cada direito fundamental em espécie. Garantiram-se também mecanismos de efetividade à liberdade de expressão, tais como a proibição da censura e do anonimato, indenização por dano moral e material em caso de violação e o direito de reposta.

Malgrado a “variedade de direitos relacionados à liberdade comunicativa, é certo que a liberdade de expressão é direito genérico que abrange inúmeras formas e direitos correlatos”, utilizada comumente para designar a liberdade de manifestação do pensamento, pelo que se pode falar em liberdades da comunicação (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 154-155). Nesse sentir, a liberdade de expressão é “direito mãe” das liberdades comunicativas, compreendida como liberdade de opinião a respeito de fato e ideias, conforme concepção de Jónatas Machado (2002, p. 416-417), que refuta uma abordagem compartimentada entre as liberdades de comunicação e expressão.

Esse “superconceito”, a liberdade de expressão em sentido amplo – que abrange tanto a liberdade de expressão em sentido estrito, também chamada de liberdade de opinião, e as liberdades de informação, de imprensa, os direitos dos jornalistas e a

compreendida como irradiação dos efeitos das normas constitucionais para outros ramos do direito, é um processo e, como tal, pode se revestir de diversas formas e pode ser promovida por diversos atores. No estudo deste fenômeno, destacam-se as análises de Schuppert e Bumke e de Luis Favoreu. (SILVA, 2014, p. 38-39). A constitucionalização do direito exsurgiu no Estado Constitucional de Direito, sob o influxo do pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre ética e direito e pela centralidade dos direitos fundamentais, e tem por principal aspecto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais segundo lição de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 18).

⁴ “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]” (BRASIL, 1988).

liberdade de radiodifusão, “reconduzíveis ao conceito genérico de liberdade de comunicação social, juntamente com os subdireitos [...]”, tanto pode ser deduzido de única disposição normativa genérica consagradora da liberdade de expressão e de imprensa, como a Primeira Emenda da Constituição americana⁵, como de várias normas constitucionais específicas, como no caso da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988. Ante a consideração da liberdade de expressão como direito mãe de todas as outras liberdades comunicativas, correspondentes às sucessivas mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais relevantes no domínio da comunicação, a concretização hermenêutica destas liberdades comunicativas deve se reportar às finalidades substantivas que historicamente foram sendo adstritas, pela via interpretativa, à liberdade de expressão (MACHADO, 2002, p. 371-372, 416). Assim, nesse processo de concretização, deve-se colimar as finalidades substantivas que historicamente foram atribuídas à liberdade de expressão, sem qualquer pretensão de supremacia hierárquica quanto aos demais valores constitucionalmente consagrados (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 155).

Desde que a liberdade de expressão foi salvaguardada pela Constituição de 1988, no contexto do processo de redemocratização, quaisquer limites apriorísticos ao seu conteúdo são considerados arbitrários e apontados como verdadeira censura (PAULA, 2009, p. 515-516). No entanto, “o que a liberdade de expressão impede é a censura prévia” (OMMATTI, 2005, p. 15). Isso não obsta a responsabilização do autor do discurso que fere a igualdade e liberdade, “por não ter tratado a todos com a mesma consideração e respeito, requisito mínimo para que a parceria democrática continue.” (OMMATI, 2005, p. 15).

Importa ressaltar que a liberdade de expressão não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra, qual seja, o da ausência de constrangimentos. Isso porque o exercício de uma liberdade que impede, de antemão, que outros a exerçam, é, segundo Kant, imoral e, portanto, não universalizável (COSTA NETO, 2014, p. 26). Montesquieu (2000, XI, 3) afirmou que a “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Quanto a esta definição, pertinente é a advertência de José Afonso da Silva

⁵ Segundo a Primeira Emenda da Constituição norte-americana: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (EUA, 1776). Traduzindo-se, tem-se que: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício dos cultos; ou limitando a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.” (EUA, 1776, tradução nossa).

(2004, p, 232) acerca dos perigos desta definição, porquanto a lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade, conforme preconizado no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (FRANÇA, 1789). Esta Declaração de Direitos foi explícita ao estatuir que “a livre comunicação de pensamentos e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar livremente, sob condição de responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei” (art.11), o que demonstra, conforme aponta Lucas Gonçalves da Silva, a centralidade da liberdade de pensamento e expressão nos referenciais teóricos das revoluções burguesas (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 167). Nesse contexto, Samantha Meyer-Pflug (2009, p. 70) assevera que, para o homem poder livremente manifestar suas ideias e opiniões, é necessária a proteção do Estado com o escopo de regular os meios para que a sua transmissão ocorra de maneira eficaz.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha assegurado uma liberdade ampla, não salvaguardou uma liberdade absoluta. Ao contrário, estabeleceu, no artigo 5º, V e X, da CF, a responsabilização por danos materiais, morais e à imagem, bem como o direito de resposta, em caso de exercício abusivo desse direito. Preconizou, ainda, a obrigatoriedade de identificação da autoria no artigo 5º, IV, da CF. Ademais, conforme pontua Vieira de Andrade (1983, p. 213), “[...] os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados”. Como assevera João Costa Neto (2017, p. 273), nem mesmo Dworkin entende que os direitos fundamentais sejam absolutos. Assim, “Nenhum trunfo é um trunfo de às” (COSTA NETO, 2017, p. 273). Com efeito, nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais⁶ de forma ilimitada, contra qualquer tipo de restrição, seja na esfera objetiva ou subjetiva. Na mesma senda, Canotilho (2003, p. 1182) sustenta que a pretensão da validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental.

Destarte, a garantia à liberdade de expressão é relevante na medida em que considera os indivíduos como responsáveis por si mesmos, dotados do poder de autodeterminação (DWORKIN, 2006b, p. 319). Com efeito, a responsabilidade é constitutiva do próprio sentido da liberdade de expressão no paradigma do Estado

⁶ No que tange à diferenciação entre “direitos fundamentais” e “direitos do homem”, Sandra Regina Martini Vial (2012, p. 258) esclarece que há doutrina que os diferencia. Assim, ao passo que aqueles seriam utilizados no sentido dos direitos humanos positivados, estando, portanto, constitucionalizados, estes seriam utilizados no sentido genérico, da acepção universal.

Democrático de Direito, de modo a impor uma ética de responsabilidade (PAULA, 2009, p. 515-516).

A liberdade de expressão no âmbito da Constituição brasileira, resultado de um processo de redemocratização⁷, tem por escopo precipuamente a proteção do regime democrático, justificação similar à concebida por John Stuart Mill para a liberdade de expressão do “mercado de ideias”, bem como da concepção de liberdade de expressão de Meiklejohn⁸ (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 281).

Outrossim, a liberdade de expressão justifica-se também como instrumento da autonomia e autodeterminação individual, tendo, neste aspecto, fundamento na dignidade da pessoa humana “enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação” (MACHADO, 2002, p. 359).

A esse respeito, Jônatas Machado leciona que o valor da autonomia individual é frequentemente confundida com concepções radicalmente individualistas que ignoram “o valor da responsabilidade social, tornando bastante difícil a limitação da liberdade de expressão com base na realização de valores político-comunitários ou em considerações de igualdade entre grupos” (MACHADO, 2002, p. 288).

Em que pese a liberdade de expressão seja primordial para o desenvolvimento do ser humano e integrante desse desenvolvimento (DWORKIN, 2001, p. 500), isso não implica a adoção de uma concepção egoísta e individualista da liberdade de expressão, porquanto “liberdade de expressão é inerentemente comunitária e contextual, assentando na procura de um justo equilíbrio entre as prerrogativas individuais e as necessidades da vida colectiva.” (MACHADO, 2002, p. 359-360).

Ocorre que, sob a justificativa de realização dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão – busca da verdade, garantia da democracia, autonomia e autorrealização individual (SARMENTO, 2010, p. 234), podem se proteger manifestações de intolerância e discriminação em virtude de raça, cor, etnicidade,

⁷ Destaca-se o caráter histórico do direito à liberdade, tal como dos demais direitos fundamentais. Nas palavras de José Afonso da Silva, “liberdade é conquista constante”. (SILVA, 2004, p. 231).

⁸ Meiklejohn, defensor das liberdades da Primeira Emenda, é um dos primeiros articuladores da teoria democrática da liberdade de expressão, segundo a qual a Primeira Emenda tem como finalidade assegurar a liberdade política dos cidadãos e não a mera liberdade expressiva, bem como fomentar um “robusto, aberto e livre debate público”, que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse geral. Segundo essa concepção, o “mercado de ideias” [marketplace of ideas] deve ser protegido e mesmo incentivado por meio de uma regulação estratégica do Estado, de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno”. Sob esse paradigma, Alexander Meiklejohn asseverou que “o essencial não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito.”

identidade cultural, nacionalidade, sexo, orientação sexual, religião, origem social, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida, deficiência, dentre outros fatores.

Na seara da filosofia política, Isaiah Berlin propugna a existência de dois conceitos de liberdade: a positiva e a negativa. Não obstante não se adote nesta pesquisa a sua concepção de “liberdade como não interferência”, uma vez que Berlin se opõe à estrutura de direitos fundamentais, o filósofo político desenvolveu esta classificação dicotômica⁹ que se tornou referência e em torno da qual a discussão da liberdade passou a ser organizada (ELIAS, 2012, p. 4-14). Com efeito, trata-se de referencial teórico imprescindível no estudo do direito à liberdade. A liberdade negativa, explica Dworkin (2006b, p. 345), em uma apreensão do tema para o estudo da pornografia e ódio, significa para Berlin não ser impedido pelos outros de fazer o que deseja fazer. Assim, as formas de expressão repugnantes, odiadas, seriam dignas de proteção tanto quanto as demais. Com base nesse sentido de liberdade, Dworkin assevera que “A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heróicas, mas também as de mau gosto” (DWORKIN, 2006b, p. 345). Norberto Bobbio (1997, p. 50) acrescenta que liberdade negativa é a “liberdade como não-impedimento e como não-constrangimento.” Engloba, pois, tanto a possibilidade de fazer como a de não-fazer.

A liberdade positiva¹⁰, por sua vez, “é o poder de participar das decisões públicas e controlá-las”, inclusive a deliberação a respeito da restrição da liberdade de expressão em seu sentido negativo (DWORKIN, 2006b, p. 345). Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou de autonomia (BOBBIO, 1997, p. 51). Isaiah Berlin tece críticas à corrupção da liberdade positiva que levou à concepção de que essa liberdade só pode ser atingida quando as pessoas são governadas por um soberano que lhes conheça a vontade.

A liberdade negativa significaria “estar livre de”, enquanto a liberdade positiva teria a conotação de “estar livre para” (ELIAS, 2012, p. 5), de modo que elas podem entrar em conflito. Enquanto a primeira significa não interferência, a segunda diz

⁹ A relevância da tipologia de Isaiah Berlin reside em constituir uma ferramenta normativa importante para situar os diferentes pensamentos políticos e articular as diferentes dimensões de um entendimento sobre a liberdade. (ELIAS, 2012, p. 20).

¹⁰ Para Berlin, a liberdade positiva corresponde a três sentidos: o primeiro consiste em uma decisão interna de “não desejar o que não pode ser alcançado” – abnegação; o segundo se refere às doutrinas positivas da libertação pela razão, a qual levaria ao entendimento racional da vida humana e da vida em sociedade; o terceiro diz respeito à abordagem histórica de reivindicação de homens, grupos, classes e nacionalidade por *status* e reconhecimento, busca do indivíduo pelo respeito e por reconhecimento como membro de uma classe. (ELIAS, 2012, p. 5-8).

respeito à presença, ação, participação na tomada de decisões, autodeterminação. Não obstante a liberdade de “ser seu próprio senhor” e a liberdade consubstanciada de não ser impedido por outros homens de escolher como agir sejam conceitos conciliáveis do ponto de vista lógico, essas noções positiva e negativa de liberdade desenvolveram-se historicamente em sentidos opostos até entrarem em conflito uma com a outra (BERLIN, 2002, p. 237). Nesse contexto, Berlin refuta o “ideal platônico de uma grandiosa fusão de todas as virtudes e objetivos num conjunto de instituições que propiciem a realização de cada uma na proporção correta e não sacrifiquem nenhuma pelas outras” (DWORKIN, 2006b, p. 346).

Benjamin Constant, em seu ensaio “Liberdade dos antigos e liberdade dos modernos” (1819), descreve a liberdade dos antigos como a liberdade associada ao ideal de participação direta em uma democracia autogovernada e a liberdade moderna como a liberdade negativa, como ausência de interferência. Nesse aspecto, Constant aponta para um conflito entre as liberdades individuais e a dimensão “coletiva” da liberdade (ELIAS, 2012, p. 8).

Na doutrina pátria, reconhece-se que a proteção à liberdade de expressão envolve uma dimensão negativa e positiva (MEYER-PFLUG, 2009, p. 74). José Afonso da Silva (2004, p. 231) pontua que as concepções positiva e negativa de liberdade têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade, malgrado a liberdade não se oponha à autoridade legítima, mas tão somente ao autoritarismo.

No plano internacional, a liberdade de expressão está prevista desde a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, a qual marca a inauguração dos direitos fundamentais constitucionais (SILVA, 2015, p. 43). Esse direito fundamental é amplamente assegurado em diversos tratados internacionais firmados após a Segunda Guerra Mundial, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, entre outros.

O artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) e o §2º do artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) asseguram-na como direito à liberdade de opinião e expressão em caráter dúplice/bilateral, englobando tanto o caráter negativo de não interferência do Estado, quando o sentido positivo de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Por outro lado, o artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) e o artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) estipulam o princípio da não-discriminação e especificam, respectivamente, no §2º do artigo 19 e no artigo 20, que será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

O parágrafo 1º do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) alberga o direito à liberdade de expressão em termos semelhantes. Estabelece, também, limitações a este direito inerente à sociedade democrática e comunicativa, que atualmente se comunica preferencialmente em rede, qual seja, a proibição de “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (OEA, 1969). Com efeito, aponta que tal direito admite restrições.

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos expressamente veda a censura. Admite, por outro lado, a responsabilização ulterior, desde que, expressamente fixada pela lei, seja necessária para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, preconiza, no §2º do artigo 10, que a liberdade de expressão pode ser objeto de outras restrições, condições ou sanções, desde que

[...] previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Da mesma forma, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao mesmo tempo em que protege, em seu §1º do artigo 11, a liberdade de expressão e informação, proíbe no âmbito de sua aplicação, a discriminação em razão do sexo, raça, cor, origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião, convicções ou opiniões política, nacionalidade, pertença a uma minoria nacional, riqueza, deficiência, idade ou orientação sexual.

Não obstante a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tenham sido adotadas no âmbito do sistema regional europeu, é mister trazer à lume conclusão a que chegou Flávia Piovesan, a partir do estudo do diálogo entre as Cortes Europeia e Interamericana em temas centrais de direitos humanos, de que as Cortes regionais “compartilham da interpretação sistemática, considerando o sistema protetivo internacional de forma holística e integral” (PIOVESAN, 2014, p. 217), com base nos parâmetros protetivos globais da ONU, com destaque para os tratados e declarações de direitos humanos, *reports* elaborados pelas Relatorias Temáticas Especiais da ONU, entre outros. A trilhar esse entedimento, a Corte Interamericana adota como referência interpretativa o Direito Internacional dos Direitos Humanos, compreendendo o sistema global e os sistemas regionais europeu, interamericano e africano, com forte alusão ao direito comparado (PIOVESAN, 2014, p. 219).

Por fim, com o fito de compreender o direito à liberdade de expressão no tocante ao discurso do ódio nas redes sociais, faz-se necessário perscrutar os seus fundamentos legitimadores.

1.2 FUNDAMENTOS LEGITIMADORES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.2.1 Busca da verdade

Nos moldes preconizados por Jonh Stuart Mill (2001, p. 14, 92), num viés liberalista-utilitário, os melhores argumentos prevalecem através da competição, cabendo ao Estado tão somente assegurar o debate público e livre. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é um meio para o atingimento da verdade, uma vez que o confronto de ideias permite que as ideias certas se fortaleçam na discussão, não se convertendo com o tempo em meros dogmas (SARMENTO, 2010, p. 235).

Em que pese a origem do “mercado de ideias” remonte a John Stuart Mill no panfleto *On Liberty* (2011), na teoria constitucional americana, essa teoria é geralmente identificada com o juiz Oliver Wendell Holmes, da Suprema Corte, em razão de seu voto dissidente¹¹ no emblemático caso *Abrams vs. United States*, julgado em 1919 (MACEDO JÚNIOR, 2017).

¹¹ Quando os homens compreendem que o tempo derrubou muitas crenças combativas, eles podem acreditar muitos mais do que acreditam nos próprios alicerces de sua própria conduta que o bem supremo desejado

Ocorre que, desse “mercado de ideias”, não exsurgerà sempre e necessariamente a verdade, pois o domínio da fala sempre foi uma lugar para demagogos e sofistas (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 286). Como leciona Lucas Gonçalves da Silva:

o “reino da opinião pública” prenunciado por Stuart Mill encontrou um emblemático arquétipo no atual processo de formação de grandes conglomerados econômicos, especialmente da área de comunicação social, elites políticas, intelectuais e artísticas, que mercantilizam a informação e privatizam a opinião, perdendo sua dimensão pública e sendo corrompida pelos interesses empresariais ou políticos orgânicos e particulares em detrimento da composição do interesse público. (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 172).

Ademais, não há comprovação empírica para argumentação de que “dentro do debate aberto e democrático essas manifestações perdem sua força e o seu valor, pois se fundamentam em preconceitos e inverdades que não sobrevivem a uma argumentação incisiva e bem fundamentada.” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 233). Impende ressaltar que o próprio discurso do ódio inviabiliza o ambiente propício ao debate, que exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem se reconhecer como livres e iguais. Rechaça-se, pois, a concepção de que abusos na liberdade de expressão são combatidos com mais liberdade de expressão, argumentos de política que permeiam o entendimento da Suprema Corte americana como entendimento natural, pressuposto, sem argumentação, fundada, de fato, em concepções liberais utilitaristas (CAVALCANTE FILHO, 2018).

1.2.2 Democracia

Há uma relação dialética e dinâmica entre democracia¹² e liberdade de expressão, “de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa [...], também é correto que a liberdade de expressão

é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias – que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado, e essa verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança. (*Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1919, tradução nossa).

¹² Como leciona Robert Dahl (2001, p. 48-50), há uma infinita variedade de definições de democracia. Propõe como critérios caracterizadores de uma democracia proporcionar oportunidades para: 1. Participação efetiva; 2. Igualdade de voto; 3. Aquisição de entendimento esclarecido; 4. Exercer o controle definitivo do planejamento; 5. Inclusão dos adultos. Frise-se que “definir democracia adequadamente é difícil, tendo em vista o valor histórico que carrega, e ao ser analisada deve pautar-se ao local e à época documentada”. (SILVA; SOUZA, 2017, p. 213).

pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão.” (MICHELMAN, 2007, p. 49).

Democracia, no entanto, não está adstrita à regra da maioria. De fato, a democracia prestigia a autodeterminação, para que o menor número de pessoas seja obrigada a fazer algo contra sua vontade (COSTA NETO, 2014, p. 74). Ocorre que “sempre que uma decisão majoritária for excessiva e arbitrária e tolher sobremaneira, por motivos não razoáveis, os direitos legítimos de uma minoria, ela estará agindo de maneira antidemocrática.” (COSTA NETO, 2014, p. 74). Conforme lição de Lucas Gonçalves da Silva e Patrícia Verônica Sobral de Souza, democracia é um conjunto de princípios e regras que garante o direito à liberdade (SILVA; SOUZA, 2017, p. 213). Os direitos fundamentais estabelecem limites à ação majoritária, tendo a Jurisdição Constitucional papel primordial na sua efetivação.

Nesse sentir, o exercício da democracia revela-se fundamental para a “convivência entre os indivíduos em um contexto de respeito aos direitos fundamentais, prescritos enquanto direitos humanos, positivados na CF/88 e ligados à liberdade e à igualdade, positivados no plano internacional.” (SOUZA, 2017, p. 44). É nesse momento que intervém o constitucionalismo (OMMATI, 2005, p. 15). Como pontua José Emílio Medauar Ommati, com esteio em Dworkin, os cidadãos somente podem se sentir parceiros de um empreendimento coletivo de governo em que lhes sejam assegurados certos direitos, inclusive os antidiscriminatórios. Considerando que democracia não é o mesmo que maioria e que a escolha majoritária nem sempre é democrática, tem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao discurso do ódio, a criminalização do racismo prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89¹³.

Em que pese o direito à liberdade de expressão esteja implícito na noção de democracia, pelo menos no que diz respeito ao discurso político, a conclusão inversa – que a liberdade de expressão implica democracia – não pode ser tomada por verdade. Há países que reconhecem e respeitam um direito fundamental à liberdade de expressão sem serem democracias. Por outro lado, o constitucionalismo, historicamente, não está necessariamente ligado à democracia, a exemplo da Alemanha antes da Constituição de

¹³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (BRASIL, 1989).

Weimar. Com efeito, Dieter Grimm (2009, p. 11-12) extrai que a liberdade de expressão não deriva sua razão de ser da democracia.

Em sentido oposto, Dworkin (2009, p. V) questionava qual é a relação entre liberdade de expressão e democracia. Inquiriu se a liberdade de expressão é valorizada por razões democráticas simplesmente por promover um eleitorado informado ou se existe alguma conexão mais profunda e mais vital entre a liberdade de expressão e a democracia além dessa importante preocupação instrumental. Conclui que a liberdade de expressão não é apenas instrumental para a democracia, mas constitutiva dessa prática e, para além dessa relação íntima com a democracia, é um direito humano universal.

A teoria democrática da liberdade de expressão, associada aos norte-americanos Alexander Meiklejohn, seu precursor, e retomada por Carl Sustein, enfatiza o caráter instrumental da liberdade de expressão com o escopo de proteção da autodeterminação democrática da comunidade política, da preservação da soberania popular (MACHADO, 2002, p. 255-256). Historicamente, na experiência norte-americana, a elevação da liberdade de expressão à qualidade de elemento estruturante de uma ordem constitucional livre e democrática teve como objetivo fundamental a valorização desse direito diante dos poderes públicos, no contexto em que, transcorrida a fase do *economic due process* da era *Lochner*, o valor da autonomia individual teve seus pilares tradicionais – a propriedade e o contrato – enfraquecidos em face do processo político democrático (MACHADO, 2002, p. 256).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também tem enfatizado o papel da liberdade de expressão na formação da opinião pública e na discussão aberta de questões políticas (MACHADO, 2002, p. 258-259). É, pois, indiscutível a relevância da liberdade de expressão para a realização da autodeterminação democrática e da participação cívica, como garantia substantiva da democracia, conforme destaca a doutrina germânica:

[...] as liberdades de expressão e de informação, juntamente com as liberdades dos meios de comunicação de massas, da imprensa, da radiodifusão, do cinema, etc., são fundamentais para a formação da opinião pública e da vontade política, para o desenvolvimento de iniciativas políticas, para a garantia da liberdade e da publicidade da vida política, para protecção das minorias e dos direitos de oposição política democrática. A doutrina germânica sublinha que o que está em causa é permitir que as minorias se possam transformar em maiorias e estas em minorias, já que esta é uma condição essencial para o funcionamento de uma democracia. (MACHADO, 2002, p. 259).

A democracia define-se como um governo de opinião ou governo através da discussão, constituindo o direito à liberdade de expressão uma *conditio sine qua non* para seu funcionamento (MACHADO, 2002, p. 261). Não obstante esta íntima relação, Jônatas Machado adverte acerca dos perigos desta doutrina. O primeiro deles consiste em remeter para o segundo plano o relevo que o direito subjetivo à liberdade de expressão pode “assumir na esfera da autonomia privada dos indivíduos e grupos, privilegiando exclusivamente a dimensão objectiva e pública do mesmo.” (MACHADO, 2002, p. 262-263). O segundo deles reside em realizar uma distinção maniqueísta entre a teoria democrática e a teoria libertária¹⁴ da liberdade de expressão, remetendo para esta última aspectos relativos à manifestação da autonomia e da personalidade individual. O terceiro consiste em valorizar o modo de vida do ativista político, fundado na concepção do humanismo cívico¹⁵, em detrimento de outras formas de vida, de modo a privilegiar a “liberdade dos antigos” em detrimento da “liberdade dos modernos” e restringir a possibilidade de escolher livremente os valores e padrões de comportamento inerente à liberdade individual. Outrossim, minimiza-se a possibilidade de existirem valores e princípios constitucionais independentemente de sua ligação com a democracia. Jônatas Machado pontua, ainda, que se pode conduzir a uma hierarquização dos diversos tipos de condutas expressivas, conforme contribuam ou não para a autodeterminação democrática da comunidade política.

Conforme exposto, há uma relação dialética entre democracia e liberdade de expressão, de modo que não se pode negar a “íntima relação entre a liberdade de expressão em sentido amplo e o valor da autodeterminação democrática” (MACHADO, 2002, p. 265). Em que pese constitua um pré-requisito para o bom funcionamento da democracia, não se pode desconsiderar o modo como as estruturas econômicas, sociais e culturais podem distorcer o processo comunicativo em prejuízo da democracia. Por conseguinte, a comunicação deve ser protegida não apenas da sua

¹⁴ A teoria libertária e a teoria democrática, esta última já explicitada na nota de rodapé número 8, constituem as duas grandes concepções sobre a liberdade de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano. A teoria libertária prega que as garantias da Primeira Emenda visam proteger a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Corresponde à liberdade dos modernos, expressão cunhada por Benjamin Constant, no sentido de emanação da personalidade individual a ser defendida da intervenção estatal. Sob esse paradigma, qualquer intervenção regulatória estatal é vista com desconfiança e normalmente é considerada inconstitucional, sob o fundamento de implicar controle sobre o discurso público e sobre a formação da opinião dos cidadãos. (FISS, 2005, p. 5-7).

¹⁵ Concepção de que os indivíduos se realizam plenamente através da participação democrática na vida da comunidade política. (MACHADO, 2002, p. 263).

qualidade de meio para o bom funcionamento do sistema político, mas como suporte multifuncional da realização de projetos humanos individuais e coletivos, somando-se aos temas de interesse político os de interesse público, geral ou individual (MACHADO, 2002, p. 264-266). A democracia identifica a liberdade expressão como uma liberdade regulada por uma lei legítima, pressupondo um regime político próprio ao dissenso, à discórdia pacífica, ao livre debate de ideias, de associação e formação de grupos políticos diferentes. Não significa a total ausência de regulação, na perspectiva de que apenas o Estado pode ser um fator constrangedor ou limitador da liberdade de expressão. Se, por um lado, não haverá liberdade e autonomia sem liberdade de expressão, por outro, não há democracia sem formação democrática da opinião pública com qualidade deliberativa (SILVA, CERQUEIRA, 2014, p. 174). Tais considerações são extremamente relevantes para se perscrutar em que medida se pode rechaçar a limitação ao discurso do ódio nas redes sociais com fulcro no princípio democrático.

1.2.3 Dignidade da pessoa humana

Se, por um lado, a liberdade de expressão encontra um de seus principais fundamentos na dignidade da pessoa humana, conceito central a reger toda uma ordem jurídica constitucionalizada, por outro lado, a dignidade da pessoa humana estabelece seus limites enquanto direito fundamental.

Segundo Dworkin (2009, p. VII), liberdade de expressão é um direito básico, não em virtude de argumentos consequencialistas, como os de Stuart Mill, mas por razões de princípio básico, a condição de dignidade humana. É certo que, conforme leciona Lucas Gonçalves da Silva, a “decisão de fundamentar o Estado segundo a dignidade da pessoa humana com vistas à afirmação e realização em concreto da autonomia racional e moral de cada indivíduo” outorgou aos direitos fundamentais uma posição de supremacia, “configurando positiva e negativamente todo o ordenamento, seja limitando axiologicamente o poder constituinte, seja fixando um padrão valorativo das atividades de criação, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais” (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 152). Outrossim, Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza pontua a respeito da submissão do Estado aos direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana:

[...] Estado passou por tranformações paradigmáticas até chegar àquele que – chamado de Estado moderno – submete suas ações aos direitos fundamentais, que se curva diante da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade de direitos e garantias individuais e coletivas [...]. (SOUZA, 2011, p. 2).

Não se desconhece críticas ao grau de indeterminação da dignidade da pessoa humana¹⁶. Com efeito, impende delinear o seu conteúdo para enfrentar a questão do discurso do ódio. A doutrina jurídica constitucional brasileira fornece elementos para este desiderato.

Ingo Wolfgang Sarlet refere-se às dimensões ontológica e intersubjetiva da dignidade da pessoa humana. A primeira refere-se ao valor intrínseco da pessoa. A segunda, às relações sociais intersubjetivas. A seguir, traz-se à lume seu conceito:

[...] dignidade da pessoa humana [é] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 73).

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 119), por sua vez, desdobra o substrato material da dignidade da pessoa humana em quatro princípios: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Sua conceituação implica, entre outros aspectos, que o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, dotado de autodeterminação e parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não ser marginalizado. Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63-69) ressaltou que da dignidade deriva a exigência moral e jurídica de reciprocidade nas relações intersubjetivas. Sustentou, também, que a dignidade impõe, além de direito, deveres que podem justificar restrições à liberdade individual em prol de um modo digno de vida.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 67-68) circunscreve a dignidade da pessoa humana a três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor

¹⁶ Cf. COSTA NETO, 2014, p. 112-118.

intrínseco compreende vários direitos básicos, como o direito à vida, igualdade e integridade físico-psíquica. A autonomia abrange as dimensões pública e privada. O valor comunitário enseja restrições às liberdades individuais voltados à proteção de direitos de terceiros, da dignidade do próprio indivíduo e de valores compartilhados pela sociedade.

Outrossim, Daniel Sarmiento (2016, p. 91-94) delinea o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana em quatro componentes: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. O reconhecimento intersubjetivo, consoante Sarmiento, não denota a mera identificação do outro, envolve a “valorização da pessoa reconhecida, em atitude que lhe expressa o devido respeito” (SARMENTO, 2016, p. 242). Esse direito ao igual respeito da identidade pessoal impõe, sob o aspecto negativo, a vedação de práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as, e, sob o aspecto positivo, impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes (SARMENTO, 2016, p. 241-298).

Faz-se necessária a incursão na origem filosófica da dignidade da pessoa humana para os fins desta pesquisa, haja vista o discurso do ódio vulnerar a singularidade do ser humano. Nesse sentido, Hannah Arendt assevera que “é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano” (ARENDR, 2007, p. 189). A ação e o discurso são as ações que melhor traduzem a singularidade do ser humano (MORAES, 2010, p. 111), do que decorre uma impossibilidade filosófica de se definir o homem, uma vez que todas as definições são interpretações do que é o homem e não de quem ele é (ARENDR, 2007, p. 194).

Em uma breve pesquisa na história, verifica-se que, na antiguidade, já se verificavam elementos do humanismo. No pensamento helenístico, Protágoras afirmou ser o “o Homem a medida de todas as coisas”, enaltecendo o ser humano (SARMENTO, 2016, p. 18). Na peça de Sócrates, Antígona, símbolo de um humanismo de resistência (WOLKMER, 2005, p. 4), movida pelo amor fraterno, invocou as leis cósmicas para se opor às leis da cidade na defesa de um direito cósmico de ser sepultado com todas tradições fúnebres.

Entretanto, falta aos antigos o conceito de pessoa. Desconhece-se a noção de dignidade da pessoa humana, inerente ao homem, restringindo-se a concepção de homem à de cidadão educado para servir à comunidade, titular de direitos fundamentados em uma lei natural cósmica. Mesmo Aristóteles, que desenvolve a justiça como virtude ética, elaborando conceitos referenciais sobre justiça distributiva e

compensatória, vincula o princípio da justiça a homens iguais, com capacidade para as práticas cívicas, restrita, pois, a uma minoria aristocrática (WOLKMER, 2005, 1-13). Cícero¹⁷, malgrado tenha conferido caráter mais universalista ao humanismo, referindo-se à dignidade como característica de todas as pessoas, coadunava com o sistema escravocrata. Com efeito, no pensamento greco-romano da antiguidade clássica, a escravidão e a completa subordinação da mulher ao homem eram aceitas, porquanto imperava a ideia de desigualdade intrínseca aos seres humanos (SARMENTO, 2016, p. 31).

A origem da dignidade da pessoa humana, atribuída a cada indivíduo, e não à espécie humana, remonta ao pensamento cristão, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p 112). Malgrado na tradição greco-romana se reconhecesse a possibilidade de invocar leis cósmicas, transcendentais às leis impostas pela *pólis*, somente o pensamento cristão reconheceu em cada pessoa o valor da vida e a dignidade. Neste contexto, destaca-se o pensamento tomista sobre justiça e bem comum, bem como o seu conceito de superioridade humana fundada no livre arbítrio (MORAES, 2010, p 113). No século XVI, com Pico della Mirandola, pensador renascentista italiano, autor da obra canônica *Dignidade do Homem*, já se delineia nova compreensão da dignidade humana, antropocêntrica, fundadora do renascentismo humanista (MORAES, 2010, p. 114).

No período moderno, sob o influxo do Iluminismo e do paradigma contratualista de sociedade, exsurge a concepção da dignidade da pessoa humana como inerente à pessoa, numa perspectiva racional e secularizada. Com as revoluções burguesas, manifestou-se o igualitarismo da dignidade. Em Rousseau, a ideia de igualdade consubstancia-se na “afirmação de que o contrato social deve instaurar um regime de plena igualdade entre os cidadãos, assegurado pela igual participação de todos na elaboração das leis e pela submissão de todas as pessoas às mesmas normas” (SARMENTO, 2016, p, 35). Coube à Kant formular o conhecido imperativo categórico, de evidente viés igualitário: “Age de tal de maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2011, p. 73). Kant fundamentou a dignidade humana na autonomia, característica universal de descobrir e se autodeterminar pela lei moral, numa perspectiva individualista. Sob a perspectiva da segunda formulação do imperativo

¹⁷ Marco Túlio Cícero é filósofo estoico e orador da Roma Antiga.

categorico de Kant, em seu aspecto substantivo, preconiza-se a proteção da pessoa humana enquanto fim em si mesmo e não como meio para a realização de objetivos de terceiros.

A compreensão humanista contemporânea exige nivelamento por cima do tratamento dados às pessoas (SARMENTO, 2016, p. 40). Houve, ainda, a adoção de uma concepção do ser humano mais real, histórico, não um indivíduo racional isolado, mas inserido em relações sociais que são constitutivas de sua identidade. Com Hegel, ressaltou-se a importância do reconhecimento intersubjetivo. Frise-se que a dignidade da pessoa humana envolve, além da autonomia e do antipaternalismo, a dimensão de direito de defesa como um “trunfo contra a maioria” (NOVAIS, 2006, p. 17).

No pós-Segunda Guerra, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio jurídico, tendo sido positivado pelas normas internacionais e constituições e está consagrada em 149 constituições das 194 em vigor (SARMENTO, 2016, p. 14). A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é apontada como o primeiro documento a consagrá-la em termos mais incisivos (MORAES, 2010, p. 117).

No ordenamento jurídico positivo brasileiro, a Constituição proclamou a centralidade da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da ordem jurídica, consoante se extrai da leitura dos princípios fundamentais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados, respectivamente, em seus artigos 1º¹⁸ e 3º¹⁹. Resguardou-a como cláusula geral da tutela humana, alicerce da ordem jurídica democrática (MORAES, 2010, p. 108). O artigo 5º da CF/88, inciso XLII, dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). A proibição explícita se encontra na Lei nº 7.716/89, em seu artigo 1º, segundo o qual “serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

Zygmunt Bauman reconhece o ser humano como *homen eligens*, apto a tomar decisões e fazer história, pautado nos valores da justiça e solidariedade. No mundo

¹⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” (BRASIL, 1988).

¹⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

da modernidade líquida e da visão vigilante²⁰, admite a possibilidade de outros tipos de olhar que não nos cega para a humanidade do outro, impregnada de esperança. Nesse sentir, “Os seres humanos podem fazer a diferença, e efetivamente o fazem, podem pensar de forma não convencional e às vezes até alterar o curso da história na direção da justiça e da solidariedade.” (BAUMAN, 2013, p. 130). Esta visão a respeito da dignidade humana se torna sobretudo importante dada a complexidade que envolve a liberdade de expressão nas redes sociais no contexto da Segunda Modernidade ou Pós-Modernidade²¹.

Essa compreensão de Bauman permite superar o entendimento de que as restrições à liberdade de expressão são impedimentos à garantia do princípio da auto-realização individual, ou seja, ao desenvolvimento moral, intelectual e espiritual (MACHADO, 2002, p. 286). A dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do direito à liberdade de expressão ultrapassa a ênfase na personalidade e autonomia individuais, tendo em vista a evolução do seu significado densificado na história. A esse respeito, Jônatas Machado (2002, p. 287) traz importante questionamento, que se aplica ao discurso do ódio: “o que fazer quando determinada expressão, apoiada no valor da auto-realização individual, põe em causa a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de outrem?”.

Por fim, observa-se uma conexão interna que boa parte da doutrina constitucional estabelece entre os diferentes fundamentos da liberdade de expressão. Nesse sentido, Jônatas Machado (2002, p. 256) leciona que a autodeterminação democrática estabelece conexões visíveis, do ponto de vista dialógico-procedimental com “a noção de mercado livre das ideias, surgindo também, nalgumas formulações, intimamente relacionada com o desiderato de procura da verdade”. Trata-se de uma concepção multifuncional do direito à liberdade de expressão.

²⁰ Modernidade líquida é uma categoria consagrada na obra de Bauman. Para o sociólogo polonês, a modernidade tem se liquidificado, fluidificado de novas e diferentes maneiras e, nesse processo, duas características se destacam. Primeiramente, as formas sociais se desmancham mais depressa que a velocidade com que se criam novas formas. Em segundo lugar, poder e política estão se separando. O poder passou a existir num espaço global e extraterritorial, mas a política continua local, incapaz de agir em nível planetário. Com efeito, o poder torna-se sem controle político. A vigilância atual também se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a. (BAUMAN; LION, 2013 p. 11-13).

²¹ Expressão cunhada por Ulrich Beck para se referir à Modernidade Reflexiva, caracterizada pela globalização e consequente superação da ideia de Estado nacional como contêiner de determinada sociedade, pela individualização da sociedade, pela superação da oposição entre natureza e sociedade e esvaziamento do conceito de sociedade de trabalho. (BECK, 2003, p. 23). A esse respeito, Lucas Gonçalves da Silva pontua que “[...] a globalização, o aumento da interdependência dos Estados e das economias, da diminuição das fronteiras, do avanço das formas de comunicação, caracterizam esse momento contemporâneo, ou para alguns chamados de pós-moderno.” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 134).

1.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

No contexto da sociedade em rede²² – denominação utilizada por Manuel Castells (2005, p. 17) para a sociedade contemporânea que se comunica preferencialmente através das redes digitais – a questão da liberdade de expressão é não apenas atual, como também de fundamental importância em um contexto de comunicação de massas por meio virtual.

Nessa senda, faz-se necessário definir rede social, cujo conceito é extraído da sociologia:

[...] rede social é, basicamente, um conjunto de relações resultantes da articulação de grupos de pessoas, ou instituições sociais, segundo motivações específicas mais ou menos duráveis no tempo. Uma rede social pode se desdobrar por localidades contíguas ou distantes e aglutinar outras redes sociais. Dois tipos de redes sociais ilustram essa assertiva, as redes pessoais (tais como as redes de trabalhadores, redes de parentesco, redes de amigos do Orkut, etc.) e a redes migratórias. Estas últimas podem ser vistas como um tipo especial de rede social, porque estão carregadas de significados espaciais, econômicos e socioculturais marcantes, nem sempre presentes nas demais redes sociais. (MATOS, 2013, p. 173-174).

Destarte, redes sociais são concebidas como as estruturas dos agrupamentos humanos, constituídas pelas interações, que constroem os grupos sociais utilizando-se de determinadas ferramentas para publicar suas conexões e interagir. Segundo este conceito, o *Instagram*, *Facebook* ou *Twitter* não são, pois, redes sociais. Constituem ferramentas apropriadas pelos atores sociais, que lhes conferem sentido e as

²² Castells (2005, p. 17) assevera que a sociedade emergente tem sido caracterizada como sociedade de informação ou sociedade do conhecimento, porém discorda desta terminologia. Segundo o cientista social, o conhecimento e informação, malgrado sejam centrais na nossa sociedade, sempre o foram, em todas as sociedades historicamente conhecidas. O que é novo é o fato de serem de base microeletrônica, através de redes tecnológicas que fornecem novas capacidades a uma velha forma de organização social: as redes. Em sentido oposto, Edgar Morin (2003, p. 8) afirma que hodiernamente se vive não numa sociedade da informação, mas numa “sociedade de comunicação e de conhecimento”, distinguindo sociedade da informação e sociedade do conhecimento. Afirma que se vive na sociedade de informação, do ponto de vista físico das tecnologias digitais (DVD, televisão digital), que são aplicações da teoria da informação. Mas a informação, mesmo no sentido jornalístico da palavra, não é conhecimento, pois o conhecimento é o resultado da organização da informação. Sobre as divergências de nomenclaturas, Têmis Limberger (2018, p. 132-133) explica que a denominação “sociedade da informação” não é de uso linear entre os autores. Enquanto Manuel Castells, por exemplo, utiliza a expressão “sociedade em rede”, Pierre Lévy usa “Cibercultura” e Ricardo Luis Lorenzetti “era digital”, tendo, no entanto, a mesma premissa: uma sociedade baseada no computador e na informática.

adaptam às suas práticas sociais, transformando e modificando essas redes (RECUERO, 2014, p. 16-20).

Quanto ao tema, Lucas Gonçalves da Silva (2016, p. 95) nos relembra que o homem, em razão de sua natureza essencialmente social, tem as redes sociais em seu cotidiano. Entre elas, destacam-se as redes sociais tradicionais, como Igrejas, clubes de futebol, associações, dentre outras. Na atualidade, em função da sociedade em rede, sobressaem-se as redes sociais *on line*, tais como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, as quais, devido à possibilidade de rápida comunicação entre seus membros, ganham um número cada vez maior de seguidores (SILVA, 2016, p. 95).

As redes de comunicação digital são a coluna vertebral da sociedade em rede. São, porém, muito mais vastas do que as redes sociais oriundas do domínio privado, sem perder a flexibilidade e adaptabilidade, em virtude da capacidade de descentralizar a sua *performance* e simultaneamente coordenar toda a atividade descentralizada com a possibilidade de partilhar a tomada de decisões (CASTELLS, 2005, p. 18). As comunicações travadas nos *sites* de rede sociais são mais públicas, permanentes e rastreáveis. É através desta conversação em rede que a nossa cultura está sendo interpretada e reconstruída, constroem-se fenômenos, espalham-se informações e *memes*, debatem-se e organizam-se protestos, criticam-se e acompanham-se ações e políticas públicas (RECUERO, 2014, p. 17-18). O discurso surge da conversação, constituindo o mecanismo pelo qual as relações sociais se estabelecem.

A sociedade em rede surgiu nos primeiros anos do século XXI, oriunda da sociedade capitalista pós-industrial e da sociedade de informação, cujo advento se deu na metade final do século XX, e está intrinsecamente ligada à globalização propiciada pelas inovações tecnológicas: microprocessador eletrônico, fibra ótica, comunicação por satélites e rede mundial de computadores (MACEDO; MACHADO, 2017, p. 29). Conforme lição de Têmis Limberger, “O avanço tecnológico alcançado pelo homem a partir do final do século XX é inquestionável. Há, inclusive, quem denomine esse período como a quarta revolução industrial: a revolução digital.” (LIMBERGER; SANTANNA, 2018, p. 131). Segundo Jean-François Lytoard (1993, p. 4), essas novas conquistas tecnológicas já se encontram consolidadas na pós-modernidade, estabelecem novos paradigmas comportamentais e uma série de mudanças sociais, culturais e políticas na sociedade contemporânea. Verifica-se, ainda, uma crescente influência do ambiente cibernético na cultura e na alteração dos costumes.

A sociedade em rede, conceito desenvolvido pelo cientista política Manuel Castells em sua trilogia “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, consiste em:

[...] uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal [...] um sistema de nós interligados. [...] As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objectivos de *performance* para a rede. (CASTELLS, 2005, p. 20).

A “sociedade em rede representa uma transformação qualitativa da experiência humana” (CASTELLS, 2016, p. 560), caracterizada, na área da economia em rede, pelo aumento da produtividade; no aspecto da sociabilidade, pela transformação da área de comunicação social; e na esfera política, por uma nova forma de Estado, que substitui o Estado-nação, comprometido num processo de governação global, mas sem um governo global. Outra forma mais descritiva e menos analítica de se referir à sociedade em rede é o fenómeno da globalização (CASTELLS, 2005, p. 18-25). Em síntese, “O final do século XX foi marcado por uma revolução tecnológica que refletiu permanentemente nas relações (inter)pessoais e destas com o Estado [...] que deve ser, inclusive, pensado e tratado a partir de valores humanos.” (LIMBERGER; SANTANNA, 2018, p. 135).

Castells (2005, p. 17-18) lembra que a tecnologia não determina a sociedade, mas é a sociedade que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. A estrutura social de uma sociedade em rede resulta da interação entre o paradigma da nova tecnologia e a organização social num plano geral. Ademais, a sociedade em rede manifesta-se de diversas formas, conforme a cultura, as instituições e a trajetória histórica de cada sociedade.

Com efeito, vivencia-se um modelo genuinamente cultural de interação e organização social, em razão da convergência da evolução histórica e da transformação social (CASTELLS, 2016, p. 360-361). Nesse diapasão, a informação é o principal ingrediente dessa organização social e os fluxos de mensagens e imagens entre redes constituem o encadeamento básico de nossa estrutura social. A comunicação –

estritamente ligada a teoria do diálogo das fontes²³ – é apontada por seu autor, Erik Jayme, como característica da cultura pós-moderna, decorrente da vontade irresistível de comunicar e do interesse na troca de ideias interculturais (JAYME, 1995, p. 257).

A sociedade em rede é uma sociedade hipersocial. Isso porque as pessoas integraram as tecnologias em suas vidas. Simultaneamente, é uma sociedade de indivíduos em rede. Inserida em uma cultura individualista, as novas formas de comunicação social “adaptam-se perfeitamente na forma de construir sociabilidades em redes de comunicação auto-selectivas, ligadas ou desligadas dependendo das necessidades ou disposições de cada indivíduo.” (CASTELLS, 2005, p. 23).

A transformação da comunicação social fez surgir um sistema mais digitalizado e interativo, migrando de um *mass media* para um sistema multimídia especializado e fragmentado. Ascendeu, também, uma nova forma de comunicação social baseada na *internet*²⁴, conceituada por Manuel Castells (2016, p. 23) como autocomunicação de massa, que não determina o conteúdo e o efeito de suas mensagens, mas possibilita uma diversidade ilimitada e autonomia na produção da maioria dos fluxos de comunicação, alcançando uma audiência global através de redes p2p e conexões de *internet*. As redes sociais revolucionaram a comunicação social e também as relações sociais, na medida em que possibilitam externar a si próprio de diversas formas no ciberespaço (SANTOS, 2016, p. 14). Trata-se de uma explosão autocomandada de redes horizontais de comunicação, conforme lição de Castells a seguir colacionada:

É autocomandada porque geralmente é iniciada por indivíduos ou grupos, por eles próprios, sem a mediação do sistema de media. A explosão de blogues, vlogues (vídeo-blogues), *podding*, *streaming* e outras formas de interactividade. A comunicação entre computadores criou um novo sistema de redes de comunicação global e horizontal que, pela primeira vez na história, permite que as pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante. (CASTELLS, 2005, p. 24).

²³ Erik Jayme leciona que, em face do atual pluralismo pós-moderno, com fontes legislativas plúrimas, ressurgue a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema eficiente e justo. A teoria dos diálogos das fontes, trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, propõe, em síntese, no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma à convivência destas normas, para alcançar a finalidade visada em ambas. (MARQUES, 2003, p. 71-75).

²⁴ O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), em seu artigo 5º, define *internet* como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. (BRASIL, 2014).

A esse espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e das memórias dos computadores Pierre Lévy (1999, p. 92) denomina ciberespaço. O termo ciberespaço especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informação que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo cibercultura²⁵, diz respeito ao conjunto de técnicas materiais e intelectuais, de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço (LÉVY, 1999, p. 17).

Formou-se, pois, a cultura da virtualidade real, que transformou o espaço público para influenciar costumes e modos de viver. Essa nomenclatura designa uma nova cultura na qual “redes digitalizadas de comunicação multimodal passaram a incluir de tal maneira todas as expressões culturais e pessoais a ponto de terem transformado a virtualidade em uma dimensão fundamental da nossa realidade.” (CASTELLS, 2016, p. 23-24). Nela, a capacidade de influenciar comportamentos se realiza predominantemente no espaço cibernético, através de seus próprios códigos da informação.

Essa verdadeira revolução digital traz conseqüências no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente em relação à liberdade de expressão na *web*. Como é de sabença, muito embora a Constituição Federal, no seu artigo 5º, IV, vede a manifestação do pensamento de forma anônima, verifica-se que um dos grandes problemas das redes sociais é o anonimato *online*, muito utilizado, como meio de propagar ideias depreciativas, ofensas e discursos de ódio na realidade virtual.

Isso ocorre pois, nas redes sociais, é possível proferir comentários de forma anônima, por meio de um perfil falso ou sem identificação. Assim, por meios desses perfis anônimos são proferidas verdadeiras violações à dignidade da pessoa, por meio de discursos de ódio, amparadas no direito à liberdade de expressão. Dessa forma, proferem-se discursos ofensivos e, muitas vezes racistas ou sexistas, atingindo-se uma pessoa determinada ou uma classe inteira sob o pálio de um exercício do direito à liberdade de expressão.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, como se sustentará com mais profundidade no próximo tópico, assume, uma verdadeira postura crítico-constructiva sobre a liberdade de expressão nas questões envolvendo redes sociais.

²⁵ Os três princípios básicos da cibercultura seriam a interconexão, a criação de comunidades virtuais e a inteligência coletiva (LIMBERGER, 2018, p. 134).

Sendo esse princípio a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais” (FARIAS, 2008, p. 54), evita-se que o usuário, por meio de um uso abusivo de liberdade de expressão, não tenha quaisquer consequências de seus atos diante da sociedade. Nesse sentido leciona Edilson Pereira de Farias:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. Por exemplo, a exigência humana “Dell’ integritàfisic, dell’identitàpersonale, dell’onore, dell’ariservatezza, dellasalute, dell’esigenza abitativa”. A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. (FARIAS, 2008, p. 51 e 52).

1.4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Questiona-se qual o âmbito de proteção e quais os limites do direito fundamental à liberdade de expressão e até que ponto pode-se restringi-lo a fim de garantir a tolerância ou mesmo garantir o discurso dos intolerantes em prol da democracia. *Mutatis mutandis*, a expressão de discursos de intolerância deve ser tolerada em um Estado Democrático de Direito ou deve sofrer restrições, por ser apta a causar danos sérios aos seus destinatários, geralmente membros de uma minoria, privando-os de seus direitos constitucionais?

Sob a ótica do liberalismo, segundo o qual a realidade é compreendida unicamente do ponto de vista do indivíduo, o poder coercitivo estatal sempre será visto com desconfiança, devendo o Estado manter-se neutro diante de questões privadas como a manifestação de pensamento, permitindo-se que cada indivíduo tenha absoluta discricionariedade ao optar por este ou aquele modo de vida (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 171). Nesse sentir, sustenta Lucas Gonçalves da Silva:

A visão clássica do liberalismo tendo como ponto de referência o indivíduo e a ideia de limitar a esfera pública – uma vez que é na esfera privada que ele tem plenas possibilidades de exercício de sua liberdade, seja ela religiosa, econômica, política ou de expressão – deve ser retraduzida segundo as atuais estruturas mercantis de produção em

massa das comunicações, cuja intervenção na liberdade de expressão é evidente pois a concentração das propriedades dos meios de comunicação de massa limita estruturalmente o acesso à voz nas democracias; a organização dos bens e serviços da comunicação voltada para o lucro os direciona para agendas e conteúdos contrários ao interesse público; a dependência das empresas de comunicação em relação aos anunciantes interfere sistematicamente em seu pluralismo de informações e de opiniões; a mercantilização dos bens e serviços de comunicação sobrepõe o valor de troca ao valor de uso, estimulando a segmentação e a não universalidade do acesso; a inserção funcional das redes de comunicação no sistema capitalista cria uma solidariedade de interesses mercantis alheia ao controle democrático das sociedades. (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 172).

Quanto à disciplina do exercício dessas liberdades, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 53) identifica dois regimes. O regime repressivo, que é o normal às liberdades, se caracteriza por franquear ao titular “o direito livre e incondicionado para exercê-lo – dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição ou pela lei – sujeitando-o a sanções, todavia, pelas violações a esses limites, e mesmo pelos abusos que cometer” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 53). Por outro lado, o regime preventivo condiciona o exercício de um direito a uma comunicação prévia à autoridade ou sua autorização, objetivando evitar violação aos limites constitucionais ou legais, podendo o interessado, em caso de negativa, recorrer administrativa ou judicialmente. Há ainda a possibilidade de um regime excepcional, em casos de grave crise ou ameaça (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 154).

É preciso ter por norte que, se por um lado, a liberdade de expressão encontra um de seus principais fundamentos na dignidade da pessoa humana, conceito central a reger toda uma ordem jurídica constitucionalizada, por outro lado, a dignidade da pessoa humana estabelece seus limites enquanto direito fundamental.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva da segunda formulação do imperativo categórico de Kant²⁶, em seu aspecto substantivo, preconiza a proteção da pessoa humana enquanto fim em si mesmo e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. Nesse particular, em que pese a dignidade esteja intimamente associada à ideia de autonomia, Oscar Vilhena Vieira pontua que ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra, qual

²⁶ “Esta é a famosa segunda formulação do imperativo categórico que encontramos na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de Kant: “Age de tal forma que trates a Humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio”. (VIEIRA, 2006, p. 67).

seja, o da ausência de constrangimentos, porquanto “a dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim.” (VIEIRA, 2006, p. 67).

Não se desconhece posições de ilustres filósofos, que serão mais detalhadas no próximo capítulo, tais quais Ronald Dworkin (2009, p.VII), para quem qualquer controle do governo sobre a expressão de ódio seria paternalista, sob o argumento de que a liberdade de expressão deve ser estendida a todos sem distinção, cabendo aos indivíduos, como agentes morais responsáveis, formar suas opiniões. Porém, em uma sociedade em que o discurso do ódio é aceito invocando a democracia, minorias podem sentir-se constrangidas de ir à escola, caso não se trate de uma escola segregada, de falar em público ou até mesmo andar na rua, a não ser no gueto. Por conseguinte, ao invés de assegurar espaços públicos e democráticos de discussão, o discurso do ódio obsta às suas vítimas o acesso a tais espaços.

Assim, o debate acerca do discurso do ódio ultrapassa o sentimento emocional e estado psicológico das de suas vítimas. Trata-se da privação de direitos dos membros de minorias historicamente excluídas, o que pode gerar o silêncio e acumamento de seus titulares ou uma reação violenta, em uma cadeia circular. O direito à liberdade de expressão, muito embora assegurado constitucionalmente, não autoriza um exercício abusivo por parte dos indivíduos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é o limite à liberdade de expressão, uma vez que esse princípio e valor constitucional confere unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais (SILVA; SANTOS, 2018, p. 63).

A dignidade da pessoa humana é, assim, a fonte e fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais, é “fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, [...], parâmetro para a validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos [...]” (SARMENTO, 2016, p. 98-99, 305).

A Constituição Federal de 1988 proclamou a centralidade da dignidade da pessoa humana. Ademais, consoante alhures exposto, o princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo dos demais direitos fundamentais, aplica-se às relações entre particulares e gera para o Estado, além de direitos de abstenção, o dever de ação com o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana contra os ataques e ameaças a ela empreendidas, tais como as que se operam quando há exercício abusivo da liberdade de expressão. Com efeito, o Estado Democrático de Direito não pode simplesmente entregar

ao abandono os indivíduos que possuem sua *conditio* humana minimizada em razão do discurso do ódio.

Quando há o exercício abusivo da liberdade de expressão, indivíduos são vulnerados concretamente por meio de discursos de segregação. São excluídos, portanto, do estado de direito, sua liberdade é subtraída e sua vida perde um valor significativo. Os discursos de intolerância podem, em certos casos, reduzir seus destinatários ao *homo sacer*²⁷ proposto por Agamben (2010, p. 80), tendo destituído o valor de sua vida. Ora, o discurso de intolerância vulnera a dignidade da vida humana, em um processo contínuo de rejeição e eliminação do outro. A exclusão promovida pela sociedade civilizada e científica de certos grupos de indivíduos, tais como refugiados e exilados, é bem pontuada como manifestação da indiferença para com a humanidade:

De fato, o que se verifica nestes cem anos que abrangem os séculos do conhecimento de da ciência, XX e XXI, são dois lados muito bem distintos, dois mundos com muros que se erguem entre pessoas e nações, territórios desiguais, indivíduos desiguais. “o homem moderno [aparece, assim,] como um animal em cuja política está em questão sua vida de ser vivente”. [...] Para a figura do *homo sacer*, na ambiguidade de sua existência, seu *não-lugar*, contemporaneamente, possui um *locus* especificado. Há um espaço certo para esse ser de a-significância: o campo, o campo de refugiados, o campo de exilados, campo de deslocados; o campo de detenção. [...] O *homo sacer*, assim como o refugiado/apátrida, está em um conceito-limite o que permite conduzi-lo ao *campo*. **Em outros termos, o *Outro* na sua condição de estranho/estrangeiro perpetua aquilo que o período das guerras mundiais concretizou: sua sobrevivência é vista como princípio da criminalização, “sendo primordial manifestação da indiferença para com a humanidade” [...] O exemplo de judeus, Testemunhas de Jeová e ciganos durante a Segunda Guerra é o mais fácil para explicitar essa situação, que não se circunscreve a esses grupos. Postos fora da condição humana em função da indiferença com sua vida, todos eram *homo sacers*. Ademais, para eles foi escolhido o *não-lugar*: o campo. A ausência de direitos humanos representa a ausência de humanidade imputada a esses indivíduos que, na qualidade de inimigos, perderam o direito de ser *pessoa*.** (AMITRANO, 2014, p. 85 e 90, grifo nosso).

O contexto sociopolítico da atualidade reproduz, na história, o contínuo excluir do outro. Como bem ressalta Amitrano, “Mais recentemente, recriam-se na Europa figuras – ligadas intimamente a um espaço territorial e/ou determinada etnia – que

²⁷ O *homo sacer* proposto por Agamben aparece como “um conceito que diz respeito a um ser cuja vida nada vale, uma vida matável. [...] O *homo sacer* é aquele cuja condição humana é minimizada a tal ponto que sua vida pode e é excluída de todos os direitos civis.” (AMITRANO, 2014, p. 80).

traduzem novas versões do velho *homo sacer* do Direito Romano.” (AMITRANO, 2014, p. 86). Assim, são diversos os *homo sacers* modernos. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, não se pode permitir essa vulneração de direitos de certos grupos e pessoas, nem mesmo com o escopo de resguardar a liberdade de expressão.

Como bem ressalta Lucas Gonçalves da Silva, quando uma manifestação de pensamento violar a dignidade humana de outra pessoa ou de um grupo, é necessária a atuação estatal para coibir esse abuso de direito e promover a manutenção da ordem pública. Nessas hipóteses, o que se objetiva não é tolher a liberdade do agente violador, mas sim conferir proteção à sociedade pluralista (SILVA; SANTOS, 2018, p. 74).

Por outro lado, impende destacar a absoluta excepcionalidade das restrições à liberdade de expressão. É exatamente o caso do discurso do ódio – compreendido nos limites adrede expostos, sobretudo considerada a posição central que a dignidade da pessoa humana possui no nosso ordenamento pátrio e nos instrumentos internacionais para a salvaguarda de uma sociedade pluralista onde reine a tolerância.

2 DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS

Esse capítulo estudará conceito e alcance do discurso do ódio e circunscreverá as peculiaridades de sua manifestação nas redes sociais, bem como o seu tratamento nos sistemas jurídicos americano e alemão.

Outrossim, investiga-se se, para responder se o discurso do ódio nas redes sociais merece ou não proteção constitucional, deve-se socorrer à ponderação de princípios, no caso concreto, com lastro no princípio da proporcionalidade, tal como propugnado por Alexy, ou à definição dos limites do próprio direito à liberdade de expressão, nos moldes preconizados por Dworkin, seja pela regulamentação legislativa do discurso do ódio ou pela jurisdição constitucional.

Ademais, tratar-se-á das concepções filosóficas divergentes a respeito da liberdade de expressão no que se refere ao discurso do ódio de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Com efeito, estabelecer-se-á o suporte teórico necessário para perscrutar a possibilidade de sua limitação no Estado Democrático de Direito, bem como se eventuais limites serão estabelecidos pelo legislador e/ou pelo juiz constitucional.

2.1 CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO

Faz-se necessário compreender em que consiste o fenômeno do discurso do ódio como pressuposto necessário à investigação dos possíveis caminhos para o tratamento do discurso do ódio nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Prima facie*, impende ressaltar que, não obstante seu frequente uso, não há uma definição universalmente aceita para *hate speech* (WEBER, 2009, p. 3).

Na doutrina brasileira²⁸, disseminado é o conceito delineado por Daniel Sarmiento em seu estudo sobre o *hate speech*. Sarmiento define o fenômeno como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivada por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]” (SARMENTO, 2010, p. 210).

Segundo a doutrina de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97), o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social e religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Para a autora, o discurso do ódio não se caracteriza através de insulto individual, mas somente a um determinado grupo ou classe. O indivíduo somente não seria atingido se perdesse a condição de membro do grupo ao qual pertence, ou seja, se perdesse sua própria identidade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

A discriminação ultrapassa a simples diferença e tem por fundamento critérios ilegítimos, relacionados à ideia de superioridade de um grupo sobre o outro (BOBBIO, 2002, p. 107). Noberto Bobbio (2002, p. 107-110) leciona que a discriminação se desenvolve em três fases: um juízo de fato de constatação de diversidades; um juízo de valor ulterior que considera um grupo bom e outro mau, um civilizado e outro bárbaro, um superior e outro inferior; com base na relação superior-inferior entre os grupos, na terceira fase, sustenta-se que um deve comandar, dominar, viver, enquanto o outro deve obedecer, ser subjugado, morrer. Destarte, a discriminação se configura quando se nega tratamento isonômico devido e legítimo a um determinado grupo, de modo a negar a seus integrantes a condição de sujeito de direitos e violar a dignidade daquele grupo, podendo ser relativa a opiniões políticas, raça, sexo, religião, etnia, nacionalidade, condições pessoais e sociais (MEYER-PFLUG, 2009, p. 109-113).

²⁸ A doutrina nacional não tem se debruçado com acuidade sobre a conceituação do discurso do ódio, com algumas exceções, tais como Samantha Meyer-Pflug, José Emílio Medauar Ommati e João Trindade Cavalcante Filho, por sua vez, em obras específicas sobre o tema constantes das referências desta dissertação, não tecem considerações a respeito do seu conceito.

A discriminação é a principal decorrência do preconceito de grupo (BOBBIO, 2002, p. 107). O preconceito, por sua vez, trata-se uma opinião equivocada, uma ideia falsa considerada verdadeira, acrítica e passivamente, que não pode ser corrigida pelo uso da razão e da experiência. Depende também de uma predisposição do sujeito de aceitá-la, de uma receptividade da opinião falsa correspondente aos desejos e interesses do indivíduo, denominada por Bobbio de prevenção. Por isso, é o erro socialmente mais perigoso, possuindo resistência à refutação racional. O autor classifica o preconceito em preconceitos individuais, fundado em superstições e crenças; e em preconceitos sociais, de um determinado grupo social contra outro, mais intenso conforme mais intensa a identificação entre os membros individuais e o grupo. Considera este último de grande periculosidade social, na medida em que pode conduzir a sérios conflitos entre grupos sociais, ao emprego de violência e até à guerra (BOBBIO, 2002, p. 103-106). Diante disso, decorre a necessidade de reexaminar os juízos pessoais, por meio da educação, da divulgação de informações, da discussão pública, a fim de que não se transmudem em preconceitos. Nesse sentir, traz-se à lume as reflexões da filósofa Hannah Arendt a respeito da força e perigo dos preconceitos:

A força e o perigo dos preconceitos se explicam, entre outros, pelo fato de terem sempre oculto dentro de si algo do passado. Examinando com atenção, percebemos que um preconceito genuíno sempre esconde algum juízo anteriormente formado que em sua origem teve uma base apropriada e legítima na experiência e evoluiu como preconceito por ter sido arrastado ao longo do tempo sem ter sido reexaminado ou revisto. (ARENDETT, 2008, p. 153).

Roseane da Silva, Andressa Nichel, Anna Clara Lehmann Martins e Carlise Kolbe Borchardt (2011, p. 447-451) compreendem o fenômeno do discurso de ódio a partir de dois elementos básicos: discriminação e externalidade, como uma manifestação segregacionista, lastreada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido), cujo conhecimento seja compartilhado com terceiros, violando a dignidade da pessoa humana. Conceituam o discurso de ódio como manifestação discriminatória externalizada, que abrange os atos de discriminar e de instigar a discriminação contra determinado grupo de pessoas que possuem uma característica em comum.

Em obra especializada sobre o discurso do ódio nas redes sociais, Marco Aurélio Moura dos Santos (2016, p. 8-9) descreve o fenômeno como o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos,

menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros.

Na doutrina estrangeira, Winfried Brugger (2007, p. 118) define o discurso do ódio como “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Segundo Brugger (2007, p. 117), é uma das formas de discurso repugnante.

Brugger (2007, p. 124-125) classifica o discurso ao ódio em três modalidades, segundo a dogmática alemã: insulto a indivíduos, insulto coletivo e mentiras do Holocausto – simples e qualificada. Insulto e difamação a indivíduo consiste no ataque ilícito à honra de outra pessoa mediante a demonstração intencional de falta de respeito. O doutrinador explica que o conceito de honra na Alemanha desdobra-se em três níveis: o primeiro nível, mais básico, corresponde ao *status* de uma pessoa que goza de direitos e merece respeito como ser humano independente de êxitos individuais; o segundo nível de honra diz respeito à preservação de padrões mínimos de mútuo respeito e civilidade em público, independente de apreço pessoal; o terceiro nível são afirmativas de fato que tendem a prejudicar a reputação de outrem perante a comunidade, abrangendo assim a difamação no sentido americano.

O insulto coletivo de que trata Brugger (2007, p. 127) tem quatro requisitos, segundo legislação penal alemã: 1) o grupo que é atacado deve ser um grupo pequeno; 2) as características do grupo devem diferir das do público em geral; 3) a declaração difamatória deve atacar a todos os membros do grupo; 4) a crítica derogatória deve ser fundada em critérios inalteráveis ou em critérios que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, especialmente em virtude de características étnicas, raciais, físicas ou mentais.

A terceira modalidade consiste na negação do fato histórico do Holocausto ou de suas circunstâncias ou magnitude. A negação do Holocausto é “qualificada” quando estiver acompanhada de chamamento à ação ou conclusões normativas adicionais. Trata-se do denominado revisionismo histórico, objeto do julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS, emblemático caso Ellwanger

(BRASIL, STF, 2004), e com forte tendência à criminalização na Europa²⁹.

Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575) assevera que a ofensa a um grupo que enseja caracterização do discurso do ódio “[...] “va más allá de la simple expresión de rechazo o antipatia”, ya que “trata de promover la hostilidad contra las personas respecto de quienes se dirige la conducta discriminatória”³⁰. Entretanto, não se deve confundir o discurso do ódio com uma mera discordância ou uma argumentação em desfavor de determinadas concepções ligadas a minorias, tais como a “defesa de ideias contrárias à implementação das ações afirmativas ou da impossibilidade do casamento homoafetivo. Nestes casos, a rigor, trata-se de exercício da liberdade de expressão.

Das definições elencadas, pode-se vislumbrar as principais dificuldades que circundam a definição do discurso do ódio. Referem-se primeiramente à palavra discurso, que pode remeter a ideia apenas de palavra falada; à palavra ódio, que parece indicar a necessidade de análise da intenção do ofensor; aos destinatários – se indivíduo ou grupo e, se necessariamente minoritário; e às características do indivíduo ou grupo social atingidos passíveis de configurá-lo. Some-se, ainda, a necessidade de tornar objetiva sua conceituação.

A respeito do próprio ódio, André Glucksmann leciona:

[...] o ódio existe, todos nós já nos deparamos com ele, tanto na escala microscópica dos indivíduos como no cerne de coletividades gigantescas. A paixão por agredir e aniquilar não se deixa iludir pelas magias da palavra. As razões atribuídas ao ódio nada mais são do que circunstâncias favoráveis, simples ocasiões, raramente ausentes, de liberar a vontade de simplesmente destruir. (GLUCKSMANN, 2007, p. 11).

Jeremy Waldron (2012, p. 105-111) preocupou-se em distinguir o discurso de ódio de uma ofensa. Para o jusfilósofo, a liberdade de expressão abrange o direito de proferir uma ideia ofensiva, porém o discurso do ódio deve ser reprimido criminalmente. Nesse sentir, Waldron descreve o discurso do ódio como uma afronta calculada, de caráter racial ou religioso, à dignidade dos membros vulneráveis da

²⁹ O Parlamento europeu, após estudos desenvolvidos “no ano europeu contra o racismo”, propôs que os Estados-Membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista. (BRASIL, STF, 2004, p. 37).

³⁰ “[...] deve ser mais do que a simples expressão de rejeição ou antipatia”, uma vez que “tenta promover a hostilidade contra as pessoas com as quais a conduta discriminatória é dirigida” pelo que “deve ser mais que uma manifestação de antipatia, deve indicar a hostilidade contra determinado grupo.” (DIAZ, 2011, p. 575, tradução nossa).

sociedade, ao bem público da inclusão, repercutindo na sociedade. Waldron defende que o fenômeno denominado na América de discurso do ódio (*hate speech*) seja designado difamação de grupo (*group libel*), termo utilizado pela Suprema Corte no caso *Beauharnais vs. Illinois*, de 1952, haja vista a nomenclatura *hate speech* abarcar conotações não neutras e demasiado abrangentes, a seguir expostas:

So it is with the phenomenon that we in America call “hate speech,” a term that can cover things as diverse as Islamophobic blogs, cross-burnings, racial epithets, bestial depictions of members of racial minorities, genocidal radio broadcasts in Rwanda in 1994, and swastika-blazoned Nazis marching in Skokie, Illinois, with placards saying “Hitler should have finished the job.” When we call these phenomena “hate speech,” we bring to the fore a number of connotations that are not entirely neutral. (WALDRON, 2012, p. 34).³¹

Essa mudança é proposta por Waldron (2012, p. 34-38) devido a dois problemas principais que decorrem da própria nomenclatura *hate speech*. A palavra ódio (*hate*) enfatiza a atitude subjetiva, a motivação da pessoa que expressa o ponto de vista, dissemina ou publica a mensagem em questão, como se o escopo da legislação regulatória fosse punir a atitude das pessoas ou controlar seus pensamentos. A preocupação da legislação, de fato, reside nos efeitos de certas formas de discurso – a situação das pessoas vulneráveis que estão sujeitas ao ódio direcionado à sua raça, etnia ou religião.

O segundo problema apontado é que o termo discurso (*speech*) transmite a ideia de que o Estado está propondo interferir na palavra falada, na conversação. Nesse aspecto, Waldron assevera que o discurso pode corresponder à palavra falada, porém inclui ataques que são impressos, publicados, colados ou postados na *internet* – expressões que tem maior permanência. Propõe que esse seja o foco da regulação do discurso do ódio, por afetar de modo permanente ou semipermanente os grupos vulneráveis.

Segundo Owen Fiss (2005, p. 58-60), as expressões de ódio têm um efeito silenciador sobre os grupos desfavorecidos. Assim, além de uma violação ao princípio da isonomia, trata-se de violação à liberdade de expressão. Gize-se, ainda, que

³¹ “Assim é com o fenômeno que nós, na América, chamamos de “discurso do ódio”, um termo que pode abranger coisas tão diversas quanto *blogs* islamofóbicos, queima de cruzeiros, epítetos raciais, representações bestiais de membros de minorias raciais, transmissões de rádio genocidas em Ruanda em 1994 e os nazistas, com brasões da suástica, marchando em Skokie, Illinois, com cartazes dizendo: "Hitler deveria ter terminado o trabalho". Quando chamamos esses fenômenos de "discurso do ódio", trazemos à tona várias conotações que não são totalmente neutras.” (WALDRON, 2012, p. 34).

o grupo atingido pode não ter nem sequer condições para responder a essas agressões a contento, pois essa manifestação implica exclusão desse grupo (CORDECH, 1993, p. 29).

Nesse sentido, Pablo Salvador Cordech explica que o discurso do ódio perpetua a marginalização ou a subordinação das pessoas pertencentes ao grupo explorado mediante o desprezo, ou inclusive o insulto “[...] sobretudo quando, na maior parte dos casos, trata-se de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade – a cor de sua pele ou seu sexo [...]” (CORDECH, 1993, p. 27, tradução nossa).

Com efeito, conceitua-se, à luz da doutrina exposta, para fins da presente pesquisa, o discurso do ódio como manifestação de intolerância³² e discriminação³³ contra grupo de pessoas ou indivíduos, em razão de características do grupo a que pertence, de modo a violar a dignidade da pessoa humana.

Deixa-se de mencionar as características que podem ser objeto de discriminação, a fim de que o conceito de discurso do ódio compreenda as mais diversas formas de discriminação e intolerância. Trata-se, pois, de um rol exemplificativo, que não precisa, portanto, ser explicitado no conceito. Quanto à controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de caracterização ou não do discurso do ódio quando proferido contra um indivíduo, impende ressaltar que o discurso proferido contra um indivíduo afetará o grupo social a que se vincula, produzindo a vitimização difusa (SILVA, et. at., 2011, p. 449). O discurso do ódio pode se perfazer com a discriminação de um indivíduo específico, desde que o discurso viole a dignidade de todo um grupo social, caracterizando um dano indivisível e difuso. Destarte, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação comungam a situação de violação.

Outrossim, o discurso não se refere apenas à palavra. Imagens, vídeos, ou outros atos de fala³⁴ podem caracterizar manifestações de ódio, seja qual for o meio

³² Adotado o conceito de intolerância do artigo 1, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, *in verbis*: “6. Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.” (OEA, 2013).

³³ Discriminação entendida como principal decorrência do preconceito de grupo. (BOBBIO, 2002, p. 107).

³⁴ O ato de fala é a unidade básica da linguagem para Austin. Vai além do mero proferimento, pois engloba a “situação total em que o proferimento é feito”, ou seja, o seu contexto. Abandonando a visão meramente representativa da linguagem na filosofia clássica, Austin a caracteriza como uma forma de ação, uma prática social concreta. (MARCONDES, 2001, p. 128-130).

de comunicação³⁵. O discurso surge da conversação, que segundo Raquel Recuero (2014, p. 28-29), é importante parte do processo de comunicação entre dois ou mais indivíduos, sendo a porta pela qual as interações sociais acontecem e as relações sociais se estabelecem, não sendo constituídas apenas pela linguagem oral, como também por uma série de elementos tais como o tom de voz, entonação, silêncio e elementos não-verbais que constroem a situação comunicativa de modo a delimitar o que está sendo dito. O ciberespaço, como adiante se discorrerá, constitui ambiente conversacional que se desenvolve com suas peculiaridades.

Impende ressaltar que, a fim de investigar se houve discurso do ódio, deve-se verificar se houve violação da dignidade da pessoa humana, tal como propõe Waldron, e não os sentimentos da vítima, tanto pela dificuldade em perscrutar os sentimentos diante da vitimização difusa, tanto pela subjetividade que dificultaria identificar o fenômeno. Por outro lado, diferentemente do que propõe Waldron, faz-se necessário perscrutar a intenção do autor, porquanto vige no ordenamento pátrio o princípio da culpabilidade³⁶.

Frise-se que não se inseriu no conceito ora delimitado a vítima com a característica de vulnerabilidade³⁷, tendo em vista que malgrado as minorias sejam o principal alvo do discurso do ódio, é possível que o discurso do ódio seja manifestado por grupos historicamente discriminados contra membro de grupo dominante (CODERCH, 1993, p. 27). Nesse caso, Pablo Cordech afirma que os defensores dos direitos civis advogam um tratamento assimétrico quando o discurso do ódio é proveniente de um grupo dominante e dirigido a uma minoria. No mesmo sentido, Michel Rosenfeld leciona que, no sistema americano, não se confere o mesmo tratamento para um discurso do ódio de um branco voltado para um negro e de um negro voltado para um branco (ROSENFELD, 2001, p. 9).

³⁵ Nesse aspecto, impende ressaltar que não se abordará, nesta pesquisa, o discurso do ódio sob a ótica da filosofia da linguagem, atendo-se ao aspecto jurídico-filosófico.

³⁶ Cf. ZAFFARONI; BATISTA et. al., 2003, p. 245-249.

³⁷ Compreende-se a vulnerabilidade como um estado de pessoa, um estado inerente de risco, uma situação permanente ou provisória que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 119-120). Lastreada em novos estudos europeus, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem distinguem a vulnerabilidade do conceito de igualdade ou desigualdade entre sujeitos. Em que pese a vulnerabilidade se trate de princípio derivado da igualdade, não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. A vulnerabilidade não constitui o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, “é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador [...] que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, a procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Cabe salientar que a dificuldade de identificação do discurso ódio não se dá apenas pela ausência de conceito unívoco e delimitado, mas também pelo fato de a discriminação se consubstanciar não somente em mensagens explícitas como também agressões veladas, mensagens subliminares, não explícitas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99).

O referencial teórico invocado permite asseverar que o discurso do ódio vulnera a dignidade da pessoa humana e impossibilita ou dificulta a participação do debate público, de modo a interferir na própria legitimidade democrática da discussão política (SILVA, 2017, p. 37).

Diante do conceito apresentado, evidencia-se o problema da presente pesquisa, já apresentado na introdução: em um Estado Democrático de Direito, sobretudo considerada a posição central que a dignidade da pessoa humana possui no nosso ordenamento pátrio e nos instrumentos internacionais para a salvaguarda de uma sociedade pluralista onde reine a tolerância, pode-se permitir o discurso do ódio, com a consequente vulneração de direitos humanos de certos grupos e pessoas, em geral minorias, com o escopo de resguardar a liberdade de expressão ou, em sentido diverso, o discurso do ódio constitui exercício abusivo e ilegítimo deste direito? Ademais, faz-se necessária a regulamentação legislativa do discurso do ódio ou os eventuais limites devem ser estabelecidos pelo juiz constitucional?

Tais questionamentos serão objeto de deslinde nessa dissertação.

2.1.1 DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS

Frise-se que o meio empregado para divulgação das mensagens de ódio interfere nos seus efeitos qualitativos e quantitativos. Nesse sentir, Michel Rosenfeld (2001 p. 50) assevera que o impacto do discurso do ódio depende do meio utilizado.

A esse respeito, Lucas Gonçalves da Silva relembra que a excessiva exposição ao mundo virtual decorrente da sociedade da informação trouxe aspectos negativos como a facilidade de criação de perfis simulados, a propagação de informações falsas, discursos de ódio e a divulgação de informações pessoais, sem autorização de seus titulares (SILVA, 2016, p. 95).

Assim, com a sociedade em rede, a disseminação dos discursos de ódio, que antes estava adstrita aos círculos mais fechados de relações, agora é projetado em escala hipoteticamente infinita e articulada em rede (SANTOS, 2016, p. 9).

Ocorre que a comunicação através da rede mundial de computadores, ao mesmo tempo que inclui, também acaba por excluir os que não participam ou tem baixa *performance* (curtidas ou *likes*) na rede (MACEDO; MACHADO, 2017, p. 35). A sociedade em rede difunde-se por todo o mundo, mas não inclui todas as pessoas. De fato, ela exclui a maior parte da humanidade, em que pese toda a humanidade seja afetada por sua lógica e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social (CASTELLS, 2005, p. 18). Esse fato ganha especial relevância diante da exclusão digital. Segundo relatório da ONU³⁸, cerca de 4,3 bilhões não tem acesso à *internet* contra os 3 bilhões que utilizam a rede regularmente. Castells explica como funciona a lógica das redes com relação à segregação de pessoas:

A construção social das novas formas dominantes de espaço e tempo desenvolve uma meta-rede que ignora as funções não essenciais, os grupos sociais subordinados e os territórios desvalorizados. Com isso, gera-se uma distância social infinita entre a metarrede e a maioria das pessoas, atividades e locais do mundo. Não que as pessoas, locais e atividades desapareçam. Mas seu sentido estrutural deixa de existir, incluído na lógica invisível da metarede em que se produz valor, criam-se códigos culturais e decide-se o poder. (CASTELLS, 2016, p. 573).

O contexto de exclusão de grupos e segregação de pessoas é um campo propício para a disseminação dos discursos do ódio. Considerando que o meio ambiente digital possibilita a comunicação intersubjetiva, em uma interlocução horizontal, leva-se a efeito um contato entre pessoas, grupos e culturas que, no mundo real, não se comunicariam. Por conseguinte, acentuam-se as diferenças de grupo e os discursos do ódio ganham proporção outrora não conhecidas. A polidez, noção que permeia as normas sociais que atuam sobre a conversação, é afetada na conversação mediada pelo computador, que altera os modos de organização e os rituais da conversação (RECUERO, 2014, p. 92). A conversação mediada pelo computador tem como elemento característico o conflito, cuja hostilidade é acelerada pela separação da palavra em relação ao corpo, característica do ciberespaço. Tal separação e o anonimato geram uma sensação de impunidade e, por conseguinte, discussões inflamadas. Com efeito, vários autores ressaltam a necessidade de regra de conduta para as organizações e a dificuldade de controle dos comentários pelos *blogs* (RECUERO, 2014, p. 86- 91). O discurso do ódio

³⁸ Informação amplamente noticiada pelos meios de comunicação. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/mais-da-metade-da-populacao-mundial-nao-tem-acesso-internet-diz-relatorio-da-onu-17557878>. Acesso em: 02 mai. 2018.

é exemplo de conflito que se redefine e que se intensifica na convivência de grupos cada vez mais diversos e com sistemas valorativos complexos (SANTOS, 2016, p. 18).

Nesse diapasão, Manuel Castells adverte que a sociedade em rede não representa a liberdade propagada pelos pregadores da ideologia libertária da *internet*:

Assim, a sociedade em rede constitui comunicação socializante para lá do sistema de *mass media* que caracterizava a sociedade industrial. Mas não representa o mundo de liberdade entoada pelos profetas da ideologia libertária da Internet. Ela é constituída simultaneamente por um sistema oligopolista de negócios multimídia, que controlam um cada vez mais inclusivo hipertexto, e pela explosão de redes horizontais de comunicação local/global. E, também, pela interação entre os dois sistemas, num padrão complexo de conexões e desconexões em diferentes contextos. Contudo, o que resulta desta evolução é que a cultura da sociedade em rede é largamente estruturada pela troca de mensagens no compósito de hipertexto electrónico criado pelas redes, ligadas tecnologicamente, de modos de comunicação diferentes. Na sociedade em rede, a virtualidade é a refundação da realidade através de novas formas de comunicação socializável. (CASTELLS, 2005, p. 24).

Na sociedade em rede, o acesso à rede mundial de computadores é pressuposto do exercício dos demais direitos, inclusive o direito à liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e do direito ao meio ambiente cultural. Nesse contexto, a ONU, na Resolução L.20 do Conselho de Direitos Humanos, afirmou que os mesmos direitos que os cidadãos têm *offline* precisam ser protegidos no ambiente *online*, “particularmente a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente das fronteiras e da mídia utilizada” (ONU, 2016).

A velocidade com que o *hate speech* é disseminado pelas redes sociais, somado à falta de fronteiras temporais e espaciais na *internet*, amplia o poder do discurso do ódio, causando violação à dignidade de um número muito maior de vítimas. “Os acontecimentos transcendem as fronteiras dos países e os fenômenos não ocorrem mais isoladamente, porém globalmente. As crises políticas e econômicas não atingem somente um país, mas repercutem mundialmente.” (LIMBERGER, 2013, p. 216). O avanço nas comunicações decorrente da interligação dos computadores em redes acarreta consequências díspares: por um lado, uma vantagem propiciada pela informática – armazenar o conhecimento e transmiti-lo de uma maneira veloz. Por outro lado, “há o risco de que as liberdades sejam violadas, e tal possibilidade exige a intervenção do poder público, como forma de proteção dos indivíduos.” (LIMBERGER, 2013, p. 220).

As redes sociais, ao mesmo tempo em que criam a sensação de agir de forma sub-reptícia, proporcionam uma dimensão pública aos autores dos discursos de ódio, que agem validados e incentivados através dos aplausos dos amigos e seguidores (PEREIRA, 2017). Parece haver um “ganho” para quem incita ódio em redes sociais, e este ganho é a visibilidade, popularidade, reputação e influência. Tais fatores estão ligados às questões de pertencimento ao grupo ou afirmação de identidade, cujo fator preponderante é a intolerância (SANTOS, 2016, p. 205). Ademais, as violações perpetradas no seio da *internet* podem repercutir em escala mundial (SILVA; DETONI, 2016, p. 608). Como pontua Lucas Gonçalves da Silva (2016, p. 95), são os aspectos negativos dos mecanismos de comunicação virtuais, a despeito das facilidades que proporcionam.

Com efeito, justifica-se um controle maior sobre a abusividade dos atos praticados através dos meios de comunicação de massa do que em relação àqueles veiculados através de livros (SARMENTO, 2010, p. 262). A sociedade clama por regulamentação do novo mecanismo que surge e apresenta particularidades no seu exercício (SILVA; DETONI, 2016, p. 608).

Em janeiro de 2018, entrou em vigor na Alemanha lei que regulamenta discurso de ódio na *internet* intitulada NetzDG³⁹, de 1 de outubro de 2017, (DEUTSCHLAND, 2017), cujo escopo é restringir o discurso de ódio e os conteúdos ilegais e ofensivos na *internet*. Apontada como lei de censura, especialmente pela direita, a nova legislação obriga as redes sociais com mais de dois milhões de usuários a excluir conteúdos supostamente ofensivos e a barrar usuários dentro de 24 horas após o recebimento de uma reclamação, ou no prazo de sete dias se os casos forem mais complexos. As redes sociais também são obrigadas a produzir um relatório anual detalhando quantas postagens foram excluídas e por quais motivos (LEI..., 2018). Implementando a legislação, *Google*, *Twitter* e *Facebook* já configuraram os próprios sistemas de denúncias.

Caso polêmico envolveu a parlamentar nacionalista – Beatrix Von Storch, que teve suas contas bloqueadas pelo *Twitter* e *Facebook* depois de criticar a polícia de Colônia por postar felicitações de Ano Novo em árabe. A deputada reverberou, em seu discurso do ódio nas redes sociais: "Was zur Hölle ist in diesem Land los? Warum wird eine offizielle Polizeiwebsite auf Arabisch gepostet? Denken Sie, dass dies die

³⁹ *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* – Lei de Aplicação na Rede.

barbarischen und gewalttätigen Horden muslimischer Männer besänftigen wird?"⁴⁰(LEI..., 2018).

A deputada afirmou que a mencionada lei estatui a censura e é o fim do Estado Constitucional. As críticas à legislação são diversas. Perpassa o poder conferido às empresas de excluir conteúdos, não submetido a processo judicial; a influência do Executivo, pois o Ministério da Justiça daquele país tem acesso aos mecanismos de exclusão das redes sociais elaborados pelas empresas; e a impunidade, diante da eventual não comunicação dos discursos ilegais às autoridades, com exceção de ameaças da prática de crime violento ou publicação de pornografia infantil, casos em que as redes sociais são obrigadas a comunicar à polícia.

Nesse diapasão, questiona-se se é necessária e possível a regulamentação, no ordenamento jurídico pátrio, das manifestações do discurso do ódio nas redes sociais, nos moldes da novel legislação alemã, estabelecendo obrigações aos administradores das redes sociais de exclusão de manifestações de discurso do ódio a fim de proteger suas vítimas.

Na era da sociedade em rede, os direitos comunicativos integram o eixo fundamental da concepção contemporânea de direitos humanos (MAZUOLLI, 2015, p. 355-356). Jônatas Machado os denomina de direito comunicativos fundamentais, os quais abrangem a “liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicações e de comunicação em rede” (MACHADO, 2013, p. 18). Corroborando este entendimento, a ONU, em relatório especial do Conselho de Direitos Humanos AG-Doc. A/HRC/17/27 (ONU, 2011), considerou o acesso à *internet* como direito humano, ferramenta essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana, como instrumento de transformação e progresso da sociedade, e sugeriu aos Estados que garantam aos seus cidadãos o acesso livre à *internet*, independente de passar por período de agitações políticas.

Com efeito, a não promoção pelo Estado da efetividade do acesso aos meios de comunicação, inclusive a *internet*, viola os direitos comunicativos. Ademais, conforme assevera Valerio Mazzuoli (2015, p. 362), a falta de regulamentação do acesso

⁴⁰ "O que diabos está acontecendo neste país? Por que um site oficial da polícia está postando em árabe? Vocês acham que isto irá apaziguar as hordas bárbaras e violentas de homens muçulmanos?" (LEI..., 2018, tradução nossa).

à *internet*, dos direitos e deveres dos usuários e mecanismos da atuação do Estado constitui violação, por omissão, dos direitos comunicativos.

Como asseverado por Lucas Gonçalves da Silva, a Lei 12.965/14, Marco Civil da Internet, representou um grande momento de participação social, bem como uma conquista no que tange a inclusão digital. Entretanto, conferiu demasiada evidência ao conceito de neutralidade da rede, não tratando da privacidade e da liberdade de expressão exigidas em uma sociedade em rede (SILVA; DETONI, 2016, p. 609).

Entretanto, como bem destacado por Têmis Limberger, a *internet* não é um espaço neutro, conforme se apreende da violação de dados pessoais, crimes cibernéticos, invasão da privacidade, sendo, pois, necessária a sua regulamentação jurídica:

A ideia de que seria possível criar um mundo perfeito na rede, que fosse isento de problemas, que transcendesse as injustiças e que, por conseguinte, fosse desnecessária a regulação jurídica, não prosperou, pois a internet não é espaço neutro – veja-se a questão dos *hackers*, dos *spams*, da pedofilia, da violação de dados pessoais e da exclusão digital. Tudo isso faz concluir que as agruras da vida real encontram no terreno virtual espaço fértil para a sua disseminação, e o desafio consiste em utilizar o espaço de informação na internet em prol da efetividade dos direitos humanos. (LIMBERGER; BUNCHAFT, 2016, p. 846)

Não há norma internacional a regulamentar o uso da liberdade comunicativa na era digital, em especial nas redes sociais como *Facebook*, *Twitter*, *Orkut*, *Flickr* e *Instagram* (MAZZUOLI, 2015, p. 366-368). No Brasil, verifica-se a existência do Marco Civil da Internet, que, em seu art. 7º, dispõe que o acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania. No entanto, não há norma regulamentadora de limitações ao discurso do ódio, nem daquele manifestado nas redes sociais, nem tampouco através de outros meios de comunicação.

2.2 DA SUPOSTA COLISÃO DE DIREITOS HUMANOS NO DISCURSO DO ÓDIO E DA NÃO APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE

O discurso do ódio envolve o estudo de direitos humanos que desempenham papel central na Democracia Ocidental e no direito internacional: a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

É cediço que o discurso do ódio suscita o debate acerca da tolerância. John Rawls (2000, p. 239) leciona que tratar com tolerância o intolerante é a essência e o valor da democracia. Porém, entende que é possível limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for necessário preservar sua própria segurança e das instituições de liberdade em perigo.

A questão é abordada pelo filósofo Karl Popper como o *paradoxo da tolerância*. Segundo Popper, a tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância, e se “estendermos tolerância ilimitada até mesmo para aqueles que são intolerantes, [...] o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância.” (POPPER, 1998, p. 289). Na linha preconizada pelo filósofo, deve-se reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes, quando não for possível contrapor as filosofias intolerantes através da argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública (POPPER, 1987, p. 289). No mesmo sentido, Carl Schmitt (2007, p. 46) entende que a solução de compromisso, típica da democracia e da pluralidade de valores que lhe é ínsita, implica a intransigência de certos valores escolhidos como fundamentais.

Resta perscrutar se, para saber se o discurso do ódio nas redes sociais merece ou não proteção constitucional, deve-se socorrer à ponderação de princípios, no caso concreto, com lastro no princípio da proporcionalidade, tal como propugnado por Alexy, ou à definição dos limites do próprio direito à liberdade de expressão, nos moldes preconizados por Dworkin, seja pela regulamentação legislativa do discurso do ódio e/ou pela jurisdição constitucional.

O princípio da proporcionalidade⁴¹, desenvolvido pela jurisprudência alemã⁴², foi amplamente adotado pela doutrina e jurisprudência brasileira na seara dos

⁴¹ Frise-se que não se desconhece que o próprio Alexy denomina a proporcionalidade de regra da proporcionalidade, uma vez que, dentro de sua concepção de regras e princípios, não há como considerá-lo princípio. Isso porque o princípio da proporcionalidade é aplicado de forma constante e não em graus, além de não entrar em conflito com outras normas-princípio. (SILVA, 2002, p. 25). Não obstante Alexy classifique os subelementos da proporcionalidade como regras, neste trabalho, adotar-se-á o termo correntemente empregado na prática jurídica e doutrina brasileira, qual seja, princípio da proporcionalidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o termo princípio é empregado, neste contexto, com o significado de disposição fundamental, acepção corrente na linguagem jurídica pátria, e não como contraposto de regra jurídica. (SILVA, 2002, p. 26-27).

⁴² O princípio da proporcionalidade foi estabelecido pelo Tribunal Alemão com três elementos ou subcritérios, quais sejam: “a) adequação ou conformidade, no sentido de controle de viabilidade (isto é, idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado(s) meio(s) [...] b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame de igualdade da adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige

direitos fundamentais, inclusive no âmbito da liberdade de expressão. Considera-se que, na hipótese de colisão de princípios, operada no discurso do ódio entre o direito fundamental à liberdade de expressão, de um lado, e a dignidade da pessoa humana e igualdade, de outro, estabelece-se, segundo a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011, p. 160-172), uma relação de precedência condicionada, relativa a condições fáticas de um caso concreto, segundo um procedimento racional de fundamentação. O princípio da proporcionalidade atua, juntamente com a salvaguarda ao núcleo essencial dos direitos fundamentais conflitantes, como instrumento destinado a promover a concordância prática fundamental entre direitos e princípios conflitantes, atuando ambos como limites aos limites dos direitos fundamentais (SARLET, 2014, p. 412-428).

Ocorre que são conhecidas as limitações abstrativistas do princípio da proporcionalidade. Há hodiernamente no Brasil um apoio ao modelo europeu da liberdade de expressão, uma tendência a adotar regras mais restritivas, que podem ameaçar a liberdade de expressão no país (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 275). Segundo crítica de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 275), o sistema baseado na doutrina da ponderação e na vaga conceituação da dignidade humana dá aos tribunais discricionariedade para decidir os limites da liberdade de expressão. Ademais, as decisões judiciais fundamentadas na retórica da ponderação estão se tornando dominantes no Supremo Tribunal Federal e, geralmente, elas evitam aspectos epistemológicos relativos a objetividade e justificação moral.

Acerca da aplicação da ponderação nos casos de liberdade de expressão, Alexander Aleinikoff (1987, p. 943) afirma que a ponderação ocorre dentro de uma caixa preta. Na sua análise, nos tribunais, os interesses são identificados e um vencedor é proclamado ou uma regra é anunciada, o que representa uma ponderação “apropriada”, mas há pouca discussão sobre os padrões de avaliação.

Nesse mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 298) adverte que a consequência da naturalização da ponderação como método único para julgar os casos de liberdade de expressão, somada a uma vaga conceituação da dignidade humana, é o risco de perder a riqueza especial da construção conceitual e filosófica que marcou sua existência. Assevera que a ponderação é um método sensato para resolver conflitos, porém não é o único.

a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados [...]” (SARLET, 2015, p. 415-416).

Na aplicação dos direitos fundamentais, dada sua natureza principiológica, no Brasil, os Tribunais rotineiramente invocam o princípio da proporcionalidade com fulcro na teoria de direitos fundamentais de Alexy (2011, p. 160-172), mormente nos casos em que não há regra expressa sobre a questão *sub judice*. Nesses casos de judicialização da política⁴³, bem como nos de ativismo judicial⁴⁴, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e a técnica do sopesamento, constata-se, num processo silogístico, a existência de conflito de princípios, invoca-se o princípio da proporcionalidade, porém não se fundamenta a escolha ou a invalidação da norma. Virgílio Afonso da Silva enfatiza que a invocação da proporcionalidade na jurisprudência do STF⁴⁵ é, não raramente, um recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Com efeito, o silogismo é despido de fundamentação racional e estruturada, constituindo um raciocínio simplista e mecânico.

Frise-se que, no caso Ellwanger, os ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Ferreira Mendes, não obstante tenham invocado em seus votos a doutrina da ponderação de Alexy, proferiram votos contrários (BRASIL, STF, 2004). Os Ministros obtiveram soluções distintas, em razão de pré-compreensões divergentes sobre a finalidade e os valores a serem alcançados pela decisão (OLIVEIRA, 2016, p. 255). Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 282) afirma ser surpreendente como os dois juízes, depois de fazerem um resumo do teste de proporcionalidade, simplesmente partiram para uma conclusão sem mais justificativa. Ademais, o autor, em sua análise de alguns casos

⁴³ Judicialização da política é um fato inelutável, decorrente do modelo de constitucionalização analítico e abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil (BARROSO, 2015b, p. 442-443). A judicialização da política deve realizar-se a partir de parâmetros a fim de não conduzir à ineficácia dos direitos fundamentais e a fim de resguardar a democracia. Conforme pontua Cappelletti, “Discrecionarietà não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador de direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 25)

⁴⁴ O ativismo judicial consiste em uma forma consciente, deliberada de exercício da jurisdição constitucional caracterizada pelo alargamento da aplicabilidade do texto constitucional para abarcar casos não expressos; o abrandamento das exigências para a declaração de inconstitucionalidade; a definição de políticas públicas quando não há previsão constitucional de sua criação, mas apenas uma norma programática de eficácia limitada, de modo a interferir no espaço de discrecionarietà do poder público quanto à forma de efetivação do direito social; e prolação de decisões cujo fundamento não é deduzido a um elemento normativo-constitucional (GERVASONI, LEAL, 2013, p. 110). Enquanto o ativismo diz respeito a uma opção de postura da Corte Constitucional enquanto intérprete, a judicialização da política está associada a uma ampliação da atuação da jurisdição constitucional no contexto democrático (GERVASONI, LEAL, 2013, p. 111-112). A ideia de ativismo judicial, portanto, é proporcional ao grau de discrecionarietà que se confere à atividade jurisdicional. No entanto, por vezes, camufla-se esse poder criativo de normas sob o manto da interpretação. O caso Ellwanger é emblemático caso de ativismo judicial na área da liberdade de expressão e discurso do ódio.

⁴⁵ HC 76.060-40 (BRASIL, STF, 1998).

da jurisprudência brasileira sobre o direito à liberdade de expressão, identifica a disparidade entre a justificativa adotada no caso da Marcha da Maconha (BRASIL, STF, 2011)⁴⁶ e a justificativa e método utilizado no caso Ellwanger, em especial quando os juízes discutem os limites da defesa do crime. No caso Ellwanger, a preexistência de uma lei federal considerando o racismo como crime foi uma das bases da decisão que vedou a circulação de obra de negação do holocausto, por considerar a expressão de tais ideias equivalente à prática do racismo. No entanto, no caso da Marcha da Maconha, a interpretação do artigo 287 do Código Penal foi muito mais flexível, uma vez que a Corte entendeu que a marcha não poderia ser considerada crime porque não promovia ou defendia o uso de drogas, mas era designada a trazer revisão de políticas públicas, lastreada no direito à liberdade de expressão e de reunião (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 282).

Verifica-se, pois, que não há na jurisprudência brasileira critérios claros para o tratamento diferenciado do direito fundamental à liberdade de expressão. Gize-se que não há uma diferenciação do discurso político, não político ou empresarial para distinguir critérios e intensidade de controle judicial de direitos fundamentais. Outrossim, a democracia, geralmente vagamente definida, é frequentemente invocada como a justificativa exclusiva para a liberdade de expressão.

Neste contexto, Daniel Sarmiento ressalta que, no Brasil, “[...] os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese” (SARMENTO, 2009, p. 25). Os princípios empregados com maior frequência são os princípios da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade⁴⁷. O primeiro com o escopo de dar imponência ao decisionismo judicial, e

⁴⁶ No julgamento da ADPF 187, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga. Para os ministros, os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantem a realização dessas marchas. Muitos ressaltaram que a liberdade de expressão e de manifestação somente pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes. Pela decisão, tomada no julgamento de ação (ADPF 187) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), o artigo 287 do Código Penal, que tipifica como crime fazer apologia de “fato criminoso” ou de “autor do crime”, deve ser interpretado conforme a Constituição de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas. (BRASIL, STF, 2011).

⁴⁷ Sobre o princípio da razoabilidade, traz-se conceituação revisada por Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza: “No sentido estrito, boa parte dos doutrinadores afirma que a proporcionalidade não é o mesmo que razoabilidade. Justificam que esta última é mais ampla e abrange a (proporcionalidade + adequação + necessidade). Suzana de Toledo Barros acompanha esta inteligência. Interessante frisar que, tanto o ordenamento jurídico norte-americano quanto o argentino atuam com a linha principiológica da razoabilidade. A Corte de Justiça da União Europeia utiliza o princípio da proporcionalidade”. (SOUZA, 2018, p. 667).

o segundo com o fito de permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias (SARMENTO, 2009, p. 25). Trata-se do “pamprincipiologismo”, a positivação de valores plasmados nos princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio para solução dos casos difíceis, como lastro no paradigma do Estado Democrático (STRECK, 2014, p. 300). Nesse sentir, Têmis Limberger (2017, p. 267-283) adverte que o ativismo judicial, justificado sob a bandeira da efetividade do direito dos cidadãos e alicerçado em um neoconstitucionalismo⁴⁸ que fere as premissas do Estado Democrático de Direito, utiliza-se dos princípios constitucionais como álibi para a discricionariedade constitucional e decisionismo nos tribunais. Confira-se:

As Cortes nacionais estão demonstrando uma posição ativista sem qualquer tipo de limite interpretativo, não respeitando sequer os limites semânticos do texto constitucional, com fundamento numa ideia concretista desarrazoada, utilizando os princípios constitucionais como um álibi para a discricionariedade neoconstitucional. (LIMBERGER; NOGUEIRA, 2017, p. 283).

No que tange a esse tipo de situação, Lucas Gonçalves da Silva (2015, p. 135) alerta que, com base nessa nova cultura jurídica de aplicação voluntarista, as decisões e aplicações interpretativas abriram margem para todo o tipo de arbítrio. Assim, “aquela consciência de aplicação do Direito enquanto construção teórica de proteção dos indivíduos ao arbítrio estatal vem se esvaindo (...) substituição do arbítrio da supremacia da lei para tornar-se o arbítrio da supremacia da vontade do intérprete da norma” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 135).

Na doutrina brasileira, majoritariamente, a questão do discurso do ódio é resolvida através de uma ponderação de princípios, baseada no princípio da proporcionalidade, resvalando, entretanto, em posições divergentes. Os teóricos

⁴⁸ O conceito de “neoconstitucionalismo” – formulado sobretudo na Espanha e na Itália – não é unívoco, nem tampouco corresponde a uma concepção teórica coesa (SARMENTO, 2009, p. 3). Por este motivo, Paolo Comanducci (2002, 96-97) classifica, na linha utilizada por Bobbio em relação ao positivismo, em três diferentes formas de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico e metodológico. Destaca que não se apresenta apenas como corrente ideológica e correspondente metodologia, como também uma teoria concorrente com a positivista. Adotam-se, nesta dissertação, os marcos propostos por Luís Roberto Barroso (2015, p. 519-521), quais sejam: a formação do Estado Constitucional de Direito como marco histórico; o marco filosófico do pós-positivismo e como marco teórico a força normativa da constituição, o desenvolvimento de um nova dogmática de interpretação constitucional e expansão da jurisdição constitucional.

brasileiros apropriaram-se da tese principal da “jurisprudência dos valores⁴⁹” – a de que a Constituição é ordem concreta de valores, que devem ser revelados pelos intérpretes – a ser implementada através de uma leitura superficial da teoria da argumentação de Alexy, utilizando-se da ponderação como se fosse um “enunciado performático, um “álibi teórico” capaz de fundamentar posicionamentos diversos, como ocorreu no “caso Ellwanger” (STRECK, 2014, p. 285-287).

Pautado pelo princípio da proporcionalidade, Daniel Sarmento propõe um caminho do meio, representado pela ponderação de interesses, como a melhor solução para a questão do *hate speech*, em virtude de possibilitar “em cada caso, encontrar a justa medida para a melhor acomodação dos interesses constitucionais em jogo” (SARMENTO, 2010, p. 257-258). No entanto, por reconhecer a necessidade de conferir ao processo mais segurança e previsibilidade e de reduzir a margem de discricionariedade do julgador, propõe alguns critérios adicionais⁵⁰. Com lastro nesta metódica constitucional, ao analisar o paradigmático caso Ellwanger, considerou louvável a posição do Supremo Tribunal Federal contrária à proteção constitucional do *hate speech*.

Em contraposição, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 229) utiliza-se do mesmo princípio da proporcionalidade para defender que a solução não seria censurar o discurso do ódio, mas uma regulação estatal que permita que a liberdade de expressão possa exercida pela minoria agredida pelo discurso. Denomina de solução intermediária entre o sistema americano e europeu a sua proposta de permissão do

⁴⁹ Segundo a jurisprudência dos valores, os direitos fundamentais são valores que entram em colisão que se resolve através da ponderação, juridicamente realizada através do princípio da proporcionalidade. Contra essa corrente praticada no Brasil pelos juízes e Tribunais, insurgiram-se autores ligados à Escola Mineira de Direito Constitucional. (OMMATI, 2016, p. 178). A jurisprudência dos valores surgiu na Alemanha no contexto do pós-Segunda Guerra, para equalizar a tensão produzida pela outorga da Lei Fundamental de 1949.

Trata-se da “tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade.” (STRECK, 2014, p. 285).

⁵⁰ Tais critérios adicionais podem ser assim sintetizados: uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias; não censura ou repressão às contribuições racionais para o debate de ideias, ainda que sejam absolutamente desfavoráveis às minorias; não banalização da categoria do *hate speech*; atribuir-se um peso maior na ponderação de interesses à liberdade de expressão quando estiver associada à liberdade religiosa; observar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo por ocasião da decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha *hate speech*, bem como o grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos; consideração da composição do auditório das mensagens do *hate speech* como critério importante na ponderação, principalmente se integrado também por crianças e adolescentes; relevância do meio empregado para divulgação das mensagens de *hate speech*, justificando-se, por exemplo, um controle maior sobre a abusividade dos atos expressivos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que, por exemplo, daqueles veiculados através de livros. (SARMENTO, 2010, p. 260-262).

discurso do ódio, desde que acompanhada de políticas públicas na área de educação que promovam o multiculturalismo, a valorização da diferença e evitem o surgimento do preconceito (MEYER-PFLUG, 2009, p. 264). Trata a solução do discurso do ódio como um conflito existente entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação ao racismo, a ser solucionado no caso concreto com a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme excerto a seguir extraído de sua obra:

[...] não há uma única solução, uma regra fundamentada capaz de solucionar o conflito existente entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação ao racismo [...] É necessário analisar cada caso isoladamente, não se pode criar uma regra geral aplicável para todas as situações, pois se trata de um conflito de direitos fundamentais, que deve ser solucionado com a aplicação do princípio da proporcionalidade. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102-103).

Diante da realidade da prática jurídica nacional do emprego inadequado do princípio da proporcionalidade, já se desenvolveram critérios adicionais com o escopo de reduzir a discricionariedade judicial no tratamento da liberdade de expressão, a fim de afastar riscos advindo do ativismo judicial e conferir previsibilidade à revisão judicial de direitos fundamentais. João Costa Neto (2017, p. 18) propõe, em obra fruto de seu doutoramento em Direito, graus de intensidade do controle judicial, com lastro no valor abstrato dos direitos fundamentais, com o fito de recrudescerem as chances de os juízes serem imparciais, propondo parâmetros e preferências abstratas em relação a cada direito fundamental, sem menoscabar a análise do caso concreto.

De fato, a jurisprudência brasileira a respeito da liberdade de expressão e do discurso do ódio demonstra a falta de um padrão objetivo e claro a nortear as decisões. Por conseguinte, faz-se necessário tratar corretamente a questão do discurso do ódio nas redes sociais, não como um conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, mas sim como a questão da existência ou não de uso abusivo do direito à liberdade de expressão. A trilhar esse entendimento, Gustavo Melo Franco Bahia, ao analisar o voto do Min. Celso de Mello no julgamento do caso Ellwanger, assevera que o uso abusivo da liberdade de expressão não é direito, mas sim ilícito e, portanto, deve ser tratado como tal dentro do código binário do direito e não pela escala gradual de valores:

não há que se falar em 'liberdade de expressão' se o exercício desta implica em violação de uma série de outros direitos (como intimidade ou mesmo a proteção a minorias). Aí se tem tudo menos liberdade de expressão – repita-se: o uso (abusivo) do direito contra outros direitos

não é direito, é ilícito e deve ser tratado como tal, dentro do código binário do direito e não pelo código gradual dos valores. (BAHIA, 2006, p. 463).

Marcelo Andrade Catttoni de Oliveira (2016, p. 256- 257) assevera que o discurso do ódio não deve ser compreendido como uma colisão entre valores da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, em que um deve ser julgado superior ao outro. Ao analisar o caso Ellwanger, sustenta que a apreciação correta é se houve ou não crime de racismo, abuso ou não da liberdade de expressão. Nesse contexto, opõe-se à metódica constitucional da ponderação de valores, que pressupõe a concepção de Constituição como ordem concreta de valores, com possibilidade de aplicação gradual das normas, por entender que, ao confundir normas com valores, nega-se o caráter obrigatório do direito.

Ao adotar a ponderação como método, adota-se como pressuposto a concepção de que a expressão do discurso do ódio “está contida na liberdade de expressão, dependendo, apenas, de uma relativização no caso concreto, altamente decisionista, que pode levar tanto à sua proibição quanto à sua permissão.” (PAULA, 2009, p. 521).

Impende ressaltar que, para Dworkin, o problema não é tratar os princípios como valores, mas entender que, por serem valores, são relativos, passíveis de colisão e ponderação (OMATTI, 2016, p. 180). O jusfilósofo sustenta que, não obstante os princípios sejam valores, é possível harmonizá-los em uma interpretação coerente, em uma teoria consistente e unificada dos valores (OMATTI, 2016, p. 132-180).

Por conseguinte, entende-se, pelas razões, expostas, que o princípio da proporcionalidade não é o método mais adequado para a tutela dos direitos fundamentais⁵¹, bem como para a finalidade da pesquisa – o deslinde da melhor solução para o controle do discurso do ódio nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro no tocante à possibilidade e legitimidade.

Para Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 299), a jurisprudência norte-americana, mais rígida e conceitual nesse assunto, oferece uma alternativa poderosa e democrática ao modelo de ponderação e representa uma análise rica e conceitual ainda desconhecida pelos tribunais brasileiros. Com efeito, analisar-se-á, nesta pesquisa, os principais aspectos do tratamento do discurso do ódio no sistema americano e alemão, a

⁵¹ Cf. OLIVEIRA, 2016; OMMATI, 2016.

fim de verificar se contribuem para encontrar soluções adequadas à realidade nacional, inserida numa perspectiva global.

Ademais, faz-se necessário recorrer aos fundamentos filosóficos legitimadores da liberdade de expressão na temática do discurso do ódio. Utiliza-se, como marco teórico neste debate filosófico, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, por serem proeminentes jusfilósofos contemporâneos que debatem sobre a proibição do discurso de ódio e as respectivas consequências para a legitimidade da discussão política.

2.3 DEBATE FILOSÓFICO: DWORKIN X WALDRON

A doutrina da Primeira Emenda levou a sério os fundamentos filosóficos da liberdade de expressão e esse fato causou um grande impacto no tipo de análise conceitual desenvolvida pelos tribunais e jurisprudência americanos. Essa dimensão filosófica do debate e suas consequências, entretanto, dificilmente é reconhecida na jurisprudência brasileira, o que leva à ausência de coerência teórica (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 298). Entretanto, “não pode se fazer um estudo pretensamente científico do Direito ignorando as matizes históricas e filosóficas do Estado criador e ao mesmo tempo produto dessa mesma ordem jurídica” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 128). Com efeito, far-se-á análise filosófica das concepções dos jusfilósofos contemporâneos Ronald Dworkin e Jeremy Waldron acerca do direito à liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio.

Ronald Dworkin e Jeremy Wadron travaram debate⁵² sobre o conceito de democracia e a implicação da proibição do discurso do ódio para a legitimidade da discussão política (SILVA, 2017, p. 37). Para Dworkin (2006, p. 362), a liberdade de expressão deve ser protegida a despeito de consequências ruins que possam advir desta proteção. O jusfilósofo afirma que o preço da liberdade é alto, às vezes insuportável, mas o direito à liberdade é “importante a ponto de ser comprado ao preço de um sacrifício muito doloroso.” (DWORKIN, 2006, p. 362). Defende que as limitações do Estado aos discursos e manifestações de ódio violam o direito fundamental à liberdade de expressão enquanto condição de legitimidade democrática (DWORKIN, 2009, p. V-IX). Isso

⁵² Um debate interessante entre Waldron e Dworkin aconteceu durante a confrência *Challenges to Multiculturalism*, em 25-26 de junho de 2012, em Oslo, organizada pelo *New York Review of Book Foundation* e *Norwegian Foundation Fritt Ord*. Disponível em: <https://youtu.be/DoSbp8pdbM8>. Acesso em: 30 mar. 2018.

porque, em uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso, de modo que se devem tolerar até as expressões que odiamos (DWORKIN, 2006b, p. 327).

Por outro lado, Waldron sustenta que uma legislação que limita ou regula o discurso do ódio salvaguarda os princípios e valores democráticos, fortalecendo a democracia. Por regulação do discurso de ódio, Waldron (2012, p. 8-9) refere-se às legislações regulamentadoras⁵³ do Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia e Reino Unido, as quais proíbem declarações do discurso do ódio que são deliberadamente abusivas, insultantes, ameaçadoras e/ou humilhantes, dirigidas a membros de minorias vulneráveis, calculadas para provocar ódio contra eles.

As conclusões distintas de Dworkin e Waldron decorrem da adoção de pressupostos distintos quanto à democracia.

Primeiramente, Dworkin adota concepção de Direito como integridade⁵⁴, como um projeto político para uma determinada comunidade que se vê na associação de homens livres e iguais. Sob esse paradigma, Dworkin compara a democracia à uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, malgrado as diferenças, devem se respeitar mutuamente para a concreção de um projeto comum (OMMATI, 2005, p. 7, 117).

⁵³ Waldron exemplifica alguns casos de legislação regulamentadora do discurso do ódio de países, entre os quais há semelhanças e diferenças: “Canada, Denmark, Germany, New Zealand, and the United Kingdom, prohibiting public statements that incite “hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace” (Canada) or statements “by which a group of people are threatened, derided or degraded because of their race, colour of skin, national or ethnic background” (Denmark); or attacks on “the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population” (Germany); or “threatening, abusive, or insulting ... words likely to excite hostility against or bring into contempt any group of persons ... on the ground of the colour, race, or ethnic or national or ethnic origins of that group of persons” (New Zealand); [...]” (WALDRON, 2012, p. 8). Traduzindo-se: “Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia, e Reino Unido, que proíbem declarações públicas de incitação ao “ódio contra qualquer grupo identificável em casos em que a incitação é capaz de conduzir à violação da paz” (Canadá); ou declarações de ameaça, ridicularização ou degradação em razão de raça, cor da pele, nacionalidade ou etnia (Dinamarca) ou ataca “a dignidade humana de outros por insultar, caluniar maliciosamente ou difamar segmentos da população” (Alemanha); ou “palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes de forma a gerar hostilidade ou trazer desprezo contra certos grupos de pessoas, ou “ameaçador, abusivo ou insultuoso. . . palavras susceptíveis de provocar hostilidade contra ou desdenhar qualquer grupo de pessoas...Com base na cor, raça, nacionalidade ou origem étnica desse grupo de pessoas” (Nova Zelândia); [...]” (WALDRON, 2012, p. 8, tradução nossa).

⁵⁴ O ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre decisões passadas e presentes como se procedesse a uma obra coletiva, a partir dos princípios da igualdade e liberdade. Trata-se de uma atitude interpretativa do Direito que integra cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio norteador. Nesta perspectiva, a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político, afirmando-se a integridade vertical e horizontalmente, mediante a compatibilidade com os princípios embutidos nos precedentes dos Tribunais, bem como adotando coerência na aplicação dos princípios nas próprias decisões judiciais. (OMMATI, 2016, p. 118-199).

Outrossim, Dworkin (2014, p. 7) adota um conceito de democracia comunitária ou concepção coparticipativa de democracia, na qual cada cidadão precisa ter sua voz ouvida, não sendo suficiente o procedimento majoritário. Ocorre que, malgrado o direito à voz seja pressuposto da democracia justa, não se pode intervir “cedo demais” no processo de formação da opinião pública, ainda que para reprimir atitudes e preconceitos que alimentem a injustiça e a desigualdade (DWORKIN, 2009, p. VII). É o que se extrai do excerto de sua obra, a seguir transcrito:

Fair democracy requires what we might call a democratic background: it requires, for example, that every competent adult have a vote in deciding what the majority's will is. And it requires, further, that each citizen have not just a vote but a voice: a majority decision is not fair unless everyone has had a fair opportunity to express his or her attitudes or opinions or fears or tastes or presuppositions or prejudices or ideals, not just in the hope of influencing others (though that hope is crucially important), but also just to confirm his or her standing as a responsible agent in, rather than a passive victim of, collective action. [...] We may and must protect women and homosexuals and members of minority groups from specific and damaging consequences of sexism, intolerance, and racism. We must protect them against unfairness and inequality in employment or education or housing or the criminal process, for example, and we may adopt laws to achieve that protection. But we must not try to intervene further upstream, by forbidding any expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality, because if we intervene too soon in the process through which collective opinion is formed, we spoil the only democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them. (DWORKIN, 2009, p. VII)⁵⁵.

Nessa perspectiva, importa frisar que Dworkin (2006b, p. 10-17) defende um modelo liberal de comunidade, baseado em uma leitura moral da

⁵⁵ A democracia justa requer o que nós podemos chamar de fundamentos democráticos: requer que, por exemplo, todos os adultos capazes tenham direito a voto e a decidir acerca da vontade da maioria. E requer, além disso, que cada cidadão não tenha apenas o direito ao voto, mas o direito à voz: a decisão da maioria não é justa a menos que todos tenham tido uma oportunidade justa de expressar suas atitudes ou opiniões ou medos ou gostos ou pressuposições ou preconceitos ou ideais, não apenas na esperança de influenciar os outros (embora essa esperança seja crucialmente importante), mas também apenas para confirmar sua posição como um agente responsável, e não como uma vítima passiva da ação coletiva [...]. Nós podemos e devemos proteger mulheres, homossexuais e membros de grupos minoritários das consequências danosas do sexismo, intolerância e racismo. Devemos protegê-los contra a injustiça e a desigualdade no emprego, na educação, na moradia ou no processo criminal, por exemplo, e podemos adotar leis para obter essa proteção. Mas não podemos intervir proibindo qualquer expressão de atitudes ou preconceitos que consideramos que alimentem a injustiça ou a desigualdade, porque se interviermos cedo demais no processo por meio do qual a opinião coletiva é formada, prejudicamos a única justificação democrática que nós temos para insistir que todos obedçam tais leis, mesmo aqueles que as odeiam. (DWORKIN, 2009, p. VII, tradução nossa).

Constituição. Sob a leitura moral, deontológica da Constituição⁵⁶, baseada em princípios jurídicos, a exigência de integridade da Constituição implica que “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções.” (DWORKIN, 2006b, p. 15). Assim, não podem interpretar os dispositivos morais abstratos como juízo particular que lhe pareça correto, “a menos que esse juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominante seguida por outros juízes no passado.” (DWORKIN, 2006b, p. 15).

Para Dworkin (2009, p. VI-VIII), a liberdade de expressão é um direito básico, constitutivo das práticas democráticas, não em virtude de argumentos consequentialistas, como os de Stuart Mill, mas por razões de princípio básico, a condição de dignidade humana. Ademais, a liberdade de expressão seria o único motivo para que os intolerantes obedeçam às leis da sociedade.

Nesse aspecto, Dworkin adota a premissa de que a ausência de limites à liberdade de expressão leva à aceitação das regras democráticas por partes dos autores do discurso do ódio (SILVA, 2017, p. 40). O filósofo parte do pressuposto de que os intolerantes são minorias em sociedades democráticas e, por isso, assevera que a maioria não pode impor à minoria leis antidiscriminatórias sem oportunizá-las a expressão de sua opinião a respeito de tais leis. Dworkin não trata da possibilidade de que os intolerantes se tornem maioria e suprimam o direito das minorias bem como os valores democráticos, depositando confiança, possivelmente, na grande coesão social por questões educacionais ou nas Cortes (SILVA, 2017, p. 39-40). Parece não temer as consequências para os direitos fundamentais e para a própria democracia.

Dworkin (2009, p. VII) sustenta que a dignidade da pessoa humana é o princípio básico que obsta que seja imposta uma decisão coletiva ou oficial aos indivíduos dissidentes, usando os poderes coercitivos do Estado, salvo se essa decisão tiver sido tomada de uma maneira que respeite cada indivíduo como um membro livre e igual da comunidade. Por isso, em uma democracia, ninguém, por mais poderoso ou impotente, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido.

⁵⁶ José Emílio Medauar Ommati explica que a diferença central entre as posturas deontológica e axiológica do Direito consiste na possibilidade ou não de relativização dos princípios da igualdade e liberdade, cerne do ordenamento jurídico. Para a postura deontológica, do Direito como integridade, os princípios da igualdade e liberdade são inegociáveis, insuscetíveis de relativização, e complementares. Já para a axiológica, podem ser ponderados com outro bem maior, a exemplo da segurança nacional. (OMMATI, 2005, p. 11-12).

Ademais, a dignidade da pessoa humana é o parâmetro a partir do qual podemos julgar a correção dos valores, que, segundo Dworkin (2014, p. 3), são caracterizados pela unidade, interdependência e independência. Destarte, entende que a dignidade humana presume um dever de autorrespeito, o que vai muito além da declaração ortodoxa de que cada vida humano tem um intrínseco e igual valor (DWORKIN, 2011b, p. 220). Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana parece “um trunfo diante de interesses consequencialistas.” (COSTA NETO, 2014, p. 82). Isso, porém, não implica a faculdade de fazer tudo o que se deseja – *freedom*, mas a *liberty*, parte da *freedom* que o Estado não deve infringir porque implica inobservância de igual consideração e respeito – violação da dignidade humana (DWORKIN, 2014, p. 7).

Dworkin (2006a, p. 9-10) compreende a dignidade da pessoa humana composta de duas dimensões, numa concepção integrada. A primeira, denominada de princípio de valor intrínseco, sustenta que cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo, valor enquanto potencialidade. O segundo – o princípio da responsabilidade pessoal – sustenta que cada pessoa tem uma responsabilidade especial por realizar o sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui exercer seu julgamento sobre que tipo de vida seria bem-sucedida para si mesmo, não devendo aceitar que outrem tenha o direito de lhe ditar esses valores pessoais. O mencionado princípio da responsabilidade é que realiza a ligação dos conceitos de liberdade positiva e negativa de Berlin (2002, p. 133-175), promovendo, na visão de Dworkin, conciliação entre direitos fundamentais e democracia.

Com lastro nesse pressuposto, Dworkin (2006b, p. 380) defende a atitude do direito constitucional norte-americano de permitir que a Ku Klux Kan e o Partido Nazista Norte-americano propaguem suas ideias dentro dos Estados Unidos e considera inconstitucional proibições abstratas de ódio racial, tais como a Lei das Relações Raciais do Reino Unido. O jusfilósofo americano justifica que a Primeira Emenda da Constituição americana proíbe a censura dos perversos sexuais ou dos neonazistas, não com o objetivo de impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque “a igualdade exige que todos, por mais excêntricos e desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer influência não só nas eleições, mas na política em geral” (DWORKIN, 2014, p. 571). Entende que aspectos da liberdade positiva – o direito a convocar outros cidadãos a adotar suas opiniões políticas – e da liberdade negativa – direito à independência ética – confluem para proteger os direitos dos detestáveis. O jusfilósofo assevera, ainda, que as leis proibitivas do discurso do ódio,

como a criminalização da negação do Holocausto, servem como “palanque” para os pontos de vista combatidos, pois os “neonazistas sem dúvida porão a lei à prova com várias outras frases até encontrar uma que seja aprovada e possa se tornar um novo grito de guerra.” (DWORKIN, 2006, p. 360).

Dworkin (2006b, p. 355) alega que não se busca, assim, concretizar a ideia de Berlin de que todos os ideais possam ser conciliados dentro de uma única ordem política utópica, de modo a representar o tipo de absolutismo platônico contra o qual Berlin alertou. Dworkin propõe a coexistência entre a liberdade e a igualdade. Pretende estabelecer uma concepção de liberdade que harmonize diferentes valores, lastreada da interdependência entre os valores políticos. Defende que se trata de escolher combinações possíveis desses ideais, um conjunto coerente, ainda que limitado, que defina o modo de vida individual e nacional. Nessa seara, sustenta que “A liberdade de expressão, concebida e protegida como uma liberdade negativa fundamental, é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas [...]” (DWORKIN, 2006b, p. 355). Com efeito, a restrição ao discurso do ódio afeta a legitimidade democrática na medida em que o Estado desrespeita o *status* de cada indivíduo como membro livre e igual da comunidade política (DWORKIN, 2009, p. VII).

Nesse aspecto, não obstante Dworkin afirme a necessidade de direitos antidiscriminatórios, advoga o direito de um racista de proferir um discurso em nome do direito de igual respeito e consideração para com o racista⁵⁷ (OMMATI, 2016, p. 143). Destarte, para o jusfilósofo, certas formas de discurso violam o igual direito à liberdade de expressão dos grupos desfavorecidos, sendo necessário analisar se os discursos distorcem o debate público, bem como se as medidas regulatórias em questão são corretivos apropriados (FISS, 2005, p. 59).

Por conseguinte, para que a liberdade de expressão se coadune com os princípios da liberdade e igualdade, compreendidos como igual respeito e consideração, deve-se impedir a censura prévia no âmbito de um Estado Democrático de Direito (OMATTI, 2016, p. 145)⁵⁸. Por outro lado, este discurso de ódio, posteriormente à sua

⁵⁷ Dworkin concorda que é importante proteger as pessoas, particularmente os membros vulneráveis das minorias, não apenas da violência, mas também da discriminação, protegendo-os contra injustiças e desigualdade no emprego, na educação, na moradia ou no processo criminal, inclusive através da adoção de leis. No entanto, defende que se deve permitir aos opositores das leis anti-discriminação difamar os grupos que as leis em questão visam proteger, bem como denegrir a humanidade de seus membros, não importa o quão odiosa e cruelmente o façam. Caso contrário, nenhuma legitimidade será atribuída a quaisquer leis que sejam decretadas sobre sua oposição. (WALDRON, 2012, p. 174-175).

⁵⁸ Discorda-se, porém, de José Emílio Medauar Ommati quando afirma que “Se ficar comprovado que esse discurso fere a igualdade e liberdade das categorias as quais se refere, obviamente deve ser proibido e o

prática, deve ensejar responsabilização e ser proibido.

Enquanto Dworkin adota um conceito de democracia comunitária, Waldron adota o conceito de democracia deliberativa, baseada no desacordo razoável⁵⁹, dignidade da legislação e defesa da decisão majoritária. Enquanto para Dworkin, a liberdade de expressão seria o único motivo para que os intolerantes obedeçam às leis da sociedade, Waldron entende que os defensores do racismo e o ódio religioso não tem, necessariamente, motivos para seguir a ordem democrática (WALDRON, 2012, p. 178-184). Se para Dworkin, o suposto conflito entre igualdade e liberdade não é possível, de modo que as comunidades políticas devem encontrar uma compreensão de cada um desses valores como compatíveis; consoante Waldron, pode haver tensão entre os direitos no momento de sua aplicação (WALDRON, 1999, p. 194-198).

Waldron parte do conceito de sociedade bem-ordenada de John Rawls⁶⁰, em que “todos aceitam e sabem que todos os outros aceitam os mesmos princípios de justiça” e questiona se lhes são aplicáveis as restrições ao discurso do ódio. Em resposta, assevera que a sociedade bem-ordenada de Rawls é a ideia de uma sociedade plena e eficazmente governada por uma concepção de justiça e, por isso, pressupõe que o discurso do ódio tenha desaparecido e substituído por sentimentos de justiça. No entanto, Waldron (2012, p. 69-79) investiga como se deve fazer para chegar a esta sociedade pautada por um compromisso geral com os fundamentos da justiça e da

proferidor responsabilizado [...]” (OMATTI, 2016, p. 145). Isso porque se o discurso não viola a igualdade e liberdade das categorias alvo, não há que se falar em discurso do ódio mas em mera ofensa a um grupo, protegida portanto pela liberdade expressão. (WALDRON, 2012, p. 32-33).

⁵⁹ A democracia, na teoria de Waldron, está atrelada ao desacordo político sobre que direitos são assegurados aos cidadãos e qual o significado desses direitos. Os direitos nas sociedades hodiernas devem ser interpretados a partir do que o autor chamou de “circunstâncias da política”, ou seja, circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, tendo em vista a existência de opiniões e interesses divergentes. (WALDRON, 1999, p. 101-102). O reconhecimento da existência das circunstâncias da política implica também a assunção de que é o desacordo, isto é, o conflito de posições e opiniões, a principal característica da política nas sociedades plurais. Esse desacordo, segundo o autor, jamais poderá ser reduzido ao ponto de se alcançar o consenso. O desacordo é, então, o fio condutor para a análise do conceito de democracia. O desacordo razoável ou de boa fé, no entanto, é um desacordo oriundo da ausência de consenso entre posicionamentos que podem ser sustentados racionalmente. Essa premissa é um elemento normativo da teoria da democracia de Waldron, por se tornar a própria condição de discussão no espaço público. “Por essa razão, quando a intolerância na sociedade passa a se expressar na forma de discursos ou manifestações de ódio, o que se perde é justamente a possibilidade de um desacordo razoável, comprometendo-se, desse modo, a própria democracia.” (CONSANI, 2015, p. 191).

⁶⁰ Uma sociedade bem-ordenada, segundo John Rawls, é aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum, pública, de justiça. “Trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.” (RAWLS, 2003 p. 5, 504-512). Ademais, nela os indivíduos adquirem o senso correspondente de justiça e têm um desejo forte de obedecer às instituições fundamentais da sociedade que consideram justa. (RAWLS, 2000, p. 504-505).

dignidade como parte da “cultura pública de uma sociedade democrática”.

Jonh Rawls (2003, p. 218-219) defende que as instituições básicas de uma sociedade justa inevitavelmente encorajam alguns modos de vida e desencorajam outros, ou até os excluem completamente. Para Rawls, uma sociedade justa não seria neutra no sentido de que concepções de bem que imponham a repressão ou a degradação de certas pessoas por motivos, digamos, raciais, étnicos ou perfeccionistas teriam ali livre curso, de modo que determinadas doutrinas abrangentes do bem podem ser desencorajadas em uma sociedade liberal justa.

Nessa seara, Waldron (2012, p. 80-81) pondera que a sociedade bem-ordenada não é uma fantasia utópica, na qual as leis são desnecessárias, porque as atitudes de todos são totalmente justas. Afirma que ninguém supõe que a lei possa ser eliminada da estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada. Propugna que o trabalho expressivo e disciplinar da lei pode ser necessário como um ingrediente na mudança de coração dentro de seus cidadãos racistas que uma sociedade bem ordenada pressupõe.

Com efeito, Waldron sustenta que se faz necessária proteção contra o discurso do ódio e intolerância não somente através de educação pública, como também através de leis a fim de proteger a dignidade de que todos humanos se revestem. Waldron defende a criminalização do *hate speech* com base na preservação do “bem público de inclusão”, que resta enfraquecido ou impossibilitado pelo discurso do ódio. A esse respeito, traz-se à lume excerto de sua obra:

First, there is a sort of public good of inclusiveness that our society sponsors and that it is committed to. We are diverse in our ethnicity, our race, our appearance, and our religions. And we are embarked on a grand experiment of living and working together despite these sorts of differences. Each group must accept that the society is not just for them; but it is for them too, along with all of the others. And each person, each member of each group, should be able to go about his or her business, with the assurance that there will be no need to face hostility, violence, discrimination, or exclusion by others. When this assurance is conveyed effectively, it is hardly noticeable; it is something on which everyone can rely, like the cleanness of the air they breathe or the quality of the water they drink from a fountain. This sense of security in the space we all inhabit is a public good, and in a good society it is something that we all contribute to and help sustain in an instinctive and almost unnoticeable way. (WALDRON, 2012, p. 4).⁶¹

⁶¹ “Primeiro, há uma espécie de bem público de inclusão que a nossa sociedade patrocina e com a qual está comprometida. Somos diversos em nossa etnia, nossa raça, nossa aparência e nossas religiões. E estamos embarcando em uma grande experiência de viver e trabalhar juntos, apesar desses tipos de diferenças. Cada grupo deve aceitar que a sociedade não é apenas para eles; mas é para eles também, junto com todos os outros. E cada pessoa, cada membro de cada grupo, deve ser capaz de cuidar de seus negócios, com a

A análise de Waldron (2012, p. 107) do que é discurso do ódio passa pela delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana e do respeito, que divide em duas categorias: de avaliação e de reconhecimento. O respeito de avaliação se refere a estima, apreciação com relação a uma pessoa em virtude de suas características pessoais. O respeito de reconhecimento, por sua vez, é a consideração dos interesses da pessoa, sua aceitação, independente de simpatia. Para Waldron (2012, p. 5), um caso de incitação ao ódio racial contra um determinado grupo é um desrespeito de reconhecimento, que diz respeito à aceitação da pessoa na sociedade, não sendo suficiente o atingimento da honra subjetiva para sua caracterização. Isso porque a dignidade não é apenas uma aura kantiana. Faz-se necessária a alteração no *status social* da pessoa, os fundamentos da reputação básica que autorizam a ser tratado como igual nas operações ordinárias da sociedade. A publicação do discurso do ódio é calculada para minar isso. Seu objetivo é comprometer a dignidade daqueles a quem se destina, tanto aos seus próprios olhos como aos olhos de outros membros da sociedade, associando características descritivas como etnia, raça ou religião com condutas ou atributos que devem desqualificar alguém de ser tratado como um membro regular da sociedade (WALDRON, 2012, p. 5).

Segundo Waldron (2012, p. 177), o “senso social de segurança” de não ser rejeitado ou excluído de uma comunidade é uma dimensão tão importante de sua dignidade que deve exigir regulamentação proibindo o discurso de ódio. Caso haja uma afetação do indivíduo em seus sentimentos, que, porém, não afete o seu *status* de igual perante os demais membros da sociedade, tem-se meramente uma ofensa, que não autoriza intervenção estatal. Por conseguinte, a regulação do discurso do ódio deve ser objetiva, não levando em consideração os sentimentos da vítima, culminando por proteger o indivíduo contra a indignidade e não contra ofensas (WALDRON, 2012, p. 106). Evita-se, assim, o caráter subjetivista e psicologizante associados à punição de expressões “ofensivas” (SILVA, 2015, p. 51). Como pontua Waldron (2012, p. 39), a questão são os danos causados a indivíduos e grupos através da desfiguração do nosso ambiente social

garantia de que não haverá necessidade de enfrentar hostilidade, violência, discriminação ou exclusão por outros. Quando essa certeza é transmitida com eficácia, é dificilmente perceptível; é algo em que todos podem confiar, como a limpeza do ar que respiram ou a qualidade da água que bebem de uma fonte. Essa sensação de segurança no espaço que todos habitamos é um bem público e uma boa sociedade é algo para qual todos nós contribuimos e ajudamos a sustentar de uma forma instintiva e quase imperceptível. O discurso de ódio enfraquece esse bem público ou torna a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil do que seria.” (WALDRON, 2012, p. 4, tradução nossa).

por publicações, anúncios visíveis, públicos e semipermanentes, no sentido de que, na opinião de um grupo da comunidade, talvez a maioria, membros de outro grupo não são dignos de igual cidadania.

Nesse diapasão, o cerne do debate não é a resiliência intelectual do advogado ou intelectual que diz que odeia o que o racista diz, mas defende até a morte seu direito de dizer isso. Segundo lição de Waldron (2012, p. 155-156), a ideia de que o livre mercado de ideias leva à verdade é uma superstição. A questão é sobre os alvos diretos do abuso do direito à liberdade de expressão. “Suas vidas podem ser conduzidas, seus filhos podem ser criados, suas esperanças podem ser mantidas e seus piores medos dissipados, em um ambiente social poluído por esses materiais?” (WALDRON, 2012, p. 33). O jusfilósofo pontua que esses questionamentos precisam ser respondidos quando defendemos o uso da Primeira Emenda da Constituição americana para derrubar as leis que proíbem a publicação do ódio racial. Por conseguinte, a solução não seria apenas a educação dos autores do discurso do ódio, mas deve envolver a proteção da minoria agredida e subjugada pela maioria. Com efeito, Waldron defende que leis contra discursos de ódio, ao restringirem a intolerância, promovem um ganho maior para a democracia, para seus valores e para suas práticas, do que a aceitação da intolerância.

Este debate filosófico travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron fornece parâmetros para pensar a regulação do discurso de ódio numa democracia, em especial uma democracia recente como a brasileira.

2.4 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS

Na doutrina estrangeira, o enfrentamento do discurso do ódio apresenta-se sob perspectiva e pressupostos completamente distintos nos Estados Unidos e na Alemanha, cuja doutrina e jurisprudência a respeito do tema se desenvolveram de forma profícua, ante a realidade histórica e casos emblemáticos destes países.

O sistema americano confere uma posição preferencial à liberdade de expressão, com esteio na Primeira Emenda e em uma concepção instrumental da liberdade de expressão, de modo a proteger a difusão de ideias desprezadas pela maioria, inclusive o *hate speech* (SARMENTO, 2010, p. 210-220). Confere proteção diferenciada conforme o tipo do discurso e a sua neutralidade quanto ao conteúdo.

O modelo alemão, não obstante resguarde o direito à liberdade de expressão, submete-o a ponderações diante de colisões de direitos, com esteio na doutrina

da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, repudiando o discurso do ódio. Ademais, a dignidade da pessoa humana tem posição central na Lei Fundamental da Alemanha. No plano infraconstitucional, criminaliza a incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião.

Winfried Brugger distingue, de forma precisa, o tratamento do discurso do ódio nos sistemas norte-americano e alemão: “O sistema jurídico americano proíbe o discurso do ódio o mais tarde possível – apenas quando há perigo iminente de atos ilícitos. A jurisprudência alemã coíbe o discurso do ódio o mais cedo possível” (BRUGGER, 2007, p. 136).

Far-se-á, a seguir, uma análise do tratamento do discurso do ódio nos sistemas americano e alemão, decorrente das diferenças históricas e culturais destes países, da normatização distinta da Primeira Emenda da Constituição Americana e da Lei Fundamental de *Bonn* e a decisiva influência da ideologia política sobre a jurisprudência acerca do discurso do ódio (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 55-62).

2.4.1 Sistema americano

No contexto estadunidense, a liberdade de expressão assume, uma posição preferencial – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados (BARROSO, 2004, p. 20). A doutrina norte-americana da liberdade de expressão como direito preferencial *prima facie* foi construída a partir do princípio do devido processo legal substantivo, que autoriza o Judiciário a analisar se o conteúdo de um ato normativo restritivo de um direito fundamental é ou não razoável. Ocorre que o teste de razoabilidade do ato normativo constritor do direito fundamental variava de acordo com o direito fundamental constricto, estabelecendo, pelo menos implicitamente, uma hierarquia entre os direitos fundamentais (CHEQUER, 2011, p. 100-101).

Ademais, a preferência pelos direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda decorre da adoção pela Suprema Corte de duas doutrinas: a do *clear*

*and presente danger*⁶² e do *selective incorporation*⁶³. Enquanto as leis restritivas dos demais direitos fundamentais apenas precisavam passar pelo teste da mera razoabilidade para serem consideradas constitucionais, para os direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda, a restrição somente poderia ser fixada em razão de um perigo claro e iminente. Expressamente, a doutrina da posição preferencial foi adotada através da nota de rodapé número 4 do voto proferido pelo Justice Stone no caso *United States vs. Caroline Products Co* (U.S. SUPREME COURT, 1938). Em sua nota de rodapé, Stone propôs um *standard* bifurcado de revisão para o legislador. Se, por um lado, declarou a presunção básica de constitucionalidade das leis, não havendo necessidade de se realizar um escrutínio estrito para verificar a constitucionalidade da lei constritora de transações comerciais ordinárias, de liberdades econômicas e da propriedade, apenas exigindo que houvesse uma base razoável para sua existência; por outro lado, exige-se um escrutínio estrito para a legislação que ataca uma proibição constitucional, para a legislação que restringe o processo político e para aquela que alcança determinadas minorias isoladas e discretas, sejam raciais, sexuais, étnicas ou religiosas (CHEQUER, 2011, p. 107-124). No contexto da jurisprudência da Primeira Emenda, esse conceito de elevada revisão constitucional tornou-se conhecido como a ‘Doutrina da Posição Preferencial’, significando que uma tentativa de regular as liberdades da Primeira Emenda eram presumivelmente inconstitucionais (WALLMEYER, 2003, p. 1020).

No modelo norte-americano, pautado em uma concepção formal e instrumental de liberdade, o direito à liberdade de expressão deve também proteger a difusão de ideias desprezadas pela maioria, como o racismo e as mais tenebrosas manifestações de intolerância (SARMENTO, 2010, p. 211). Pela jurisprudência da Suprema Corte americana, apenas as condutas devem ser proibidas, não as expressões e, como afirma Winfried Brugger, ao contrário do resto mundo juridicamente iluminado, nos Estados Unidos, “o discurso do ódio é visto como uma forma de discurso e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa verdadeiramente doloroso para outros” (BRUGGER, 2007, p. 118).

A esse respeito, Michel Rosenfeld (2001, p. 11) leciona que a liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional americano, como

⁶² Acerca dessa teoria, discorre-se neste item, a seguir.

⁶³ Essa doutrina estabelecia que apenas os direitos previstos no *Bill of Rights* que tivessem um caráter de fundamentalidade seriam englobados pela Décima Quarta Emenda, conforme julgado no caso *Twining vs. United States*. (U.S. SUPREME COURT, 1908).

também um dos seus principais símbolos culturais. A proeminência da liberdade de expressão nos Estados Unidos deve-se a vários fatores – uma forte preferência pela liberdade sobre a igualdade, o compromisso com o individualismo e uma tradição de direitos naturais derivada de Locke, que defende a liberdade do Estado – ou liberdade negativa – sobre a liberdade através do Estado. Com efeito, os direitos de liberdade de expressão nos Estados Unidos são concebidos como pertencentes ao indivíduo contra o Estado e estão consagrados na Primeira Emenda da Constituição como uma proibição contra a interferência governamental, e não como a imposição de um dever positivo ao governo de garantir o recebimento e transmissão de ideias entre seus cidadãos. A corroborar este entendimento, Winfried Brugger (2007, p. 130) pontua que, no sistema americano, há uma crença na prevalência, no “mercado de ideias”, das boas ideias. Porém, não cabe ao governo a selecionar as “boas” opiniões das “más” e, por conseguinte, a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista é caracterizada como “pecado capital”.

A regulação da liberdade de expressão aceita como legítima pela Suprema Corte é resultado de duas questões distintas reciprocamente independentes, mas que devem ser analisadas de maneira superposta: o valor da expressão e a neutralidade da regulação. Quanto ao valor da expressão, atribui-se proteção constitucional diferenciada conforme a expressão seja dotada de “alto valor” ou de “baixo valor”, distinção realizada pela Suprema Corte com pouca clareza (SILVA, 2015, p. 37-38). O discurso político e a crítica ao governo é considerado de “alto valor”, conforme definido nos casos *New York Times vs. Sullivan* (U.S. SUPREME COURT, 1964) e *Brandenburg vs. Ohio* (U.S. SUPREME COURT, 1969), ainda que se trate de discurso do ódio, e somente pode ser regulada na iminência de um dano muito significativo. Já a expressão comercial e a difamação de indivíduos que não constituam figura pública gozam de proteção menor. A obscenidade, por sua vez, não estaria em tese contemplada pela proteção constitucional, mas os critérios para defini-la são tão estritos⁶⁴ que não há motivos para temer censura à pornografia (SILVA, 2015, p. 39).

Nesta linha, a proteção constitucional da Primeira Emenda tem sua centralidade no discurso político e no direito de criticar o governo, conferindo proteção menor em outras searas. Isso porque a Constituição americana e a Primeira Emenda são

⁶⁴ Confirmam-se os critérios para definição de obscenidade no caso U.S. SUPREME COURT. *Miller vs. California*, 413 U.S. 15, 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/413/15.html>. Acesso em: 14 jun. 2018.

produtos do Iluminismo, de modo que um dos fundamentos da liberdade de expressão é sua indispensabilidade para o autogoverno – enraizado na Declaração da Independência – e para permitir a participação no processo democrático (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 285). Antes, porém, de ser um elemento necessário do autogoverno de uma nação, a liberdade de expressão é um elemento necessário da autodeterminação individual e da dignidade da pessoa humana, que está no centro da ideia de direitos fundamentais. O duplo fundamento da liberdade de expressão – o autodesenvolvimento individual e a autodeterminação coletiva – desempenha um papel quando se questiona quais restrições de fala são compatíveis com a garantia constitucional (GRIMM, 2009, p. 12).

Ademais, a tipologia da Suprema Corte atribui, conforme a neutralidade da regulação, uma presunção de inconstitucionalidade progressiva às restrições à liberdade de expressão, conforme sejam “neutra quanto ao conteúdo⁶⁵”, “baseada no conteúdo” ou “baseada no ponto de vista”, enquadrando-se nesta última categoria a maior parte das restrições ao *hate speech* (SILVA, 2015, p. 39-40). Essa distinção de proteção da Primeira Emenda baseada na neutralidade do conteúdo foi articulada pela primeira vez em uma decisão de 1970, sem precedentes – *Schacht vs. United States* (STONE, 2009, p. 278). Segundo Stone (2009, p. 279), as restrições baseadas em conteúdo são mais propensas a distorcer o debate público a favor ou contra ideias específicas e são mais susceptíveis de serem contaminadas por uma motivação constitucionalmente inadmissível.

No entanto, impende ressaltar que as leis de conteúdo neutro também podem ser uma ameaça à liberdade de expressão, porquanto podem distorcer o discurso público de maneira não-neutra e, às vezes, provocar efeitos diferenciais de conteúdo. Uma lei restringindo panfletos ou manifestações públicas em parques públicos, a título de exemplo, terá um efeito maior em alguns tipos de falantes e em alguns tipos de mensagens do que em outros (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 295).

A proteção constitucional à liberdade de expressão nos Estados Unidos decorre não do texto literal da Primeira Emenda à sua Constituição, mas de uma vasta jurisprudência da Suprema Corte desenvolvida nos séculos XX e XXI⁶⁶ (SARMENTO,

⁶⁵Uma restrição é neutra quanto ao conteúdo quando é completamente indiferente à mensagem transmitida. As baseadas no conteúdo, por sua vez, distinguem-se das restrições baseadas no ponto de vista porquanto, diversamente destas, não restringem a expressão de um dos lados da discussão, atingindo ambos os lados da discussão. (SILVA, 2015, p. 39-40).

⁶⁶ Embora editada em 1791, a Primeira Emenda só constituiu objeto de discussão na Suprema Corte norte-americana a partir de 1919, quando julgados os primeiros casos envolvendo a constitucionalidade de leis

2010, p. 211). Ao contrário da jurisprudência brasileira de liberdade de expressão, que às vezes parece transplantar algumas doutrinas estrangeiras do pós-guerra na Europa, a doutrina da Primeira Emenda parece ser em grande parte produto da experiência prática e não do raciocínio doutrinário aplicado a casos concretos (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 296).

Geoffrey R. Stone (2009, p. 275-276) leciona que a jurisprudência norte-americana rejeitou três abordagens de interpretação da Primeira Emenda. A primeira delas consistiu na rejeição da atribuição de caráter absoluto ao direito à liberdade de expressão, como defendido por Hugo Black⁶⁷. Rejeitou-se essa abordagem porquanto a ampla gama de questões apresentadas pela Primeira Emenda se mostrou muito variada e complexa demais para ser governada pela simples dicotomia proteção absoluta *versus* não-proteção. Rejeitou-se também o equilíbrio *ad hoc* – entendido como a tarefa do Tribunal de avaliar os benefícios de restringir a fala contra os benefícios de proteger a fala em cada caso, a fim de decidir se a restrição é razoável – como uma abordagem geral para a interpretação da Primeira Emenda, por considerar os efeitos dessa abordagem impraticáveis e imprevisíveis. A terceira abordagem rejeitada pela jurisprudência norte-americana da liberdade de expressão era a noção de que um único padrão de revisão deveria governar todos os casos da Primeira Emenda. Nesse diapasão, Stone conclui que não existe uma teoria unificada da Primeira Emenda, nem tampouco teste único que possa ser aplicado a todos os casos, tendo sido construída como produto da experiência prática, e não do raciocínio filosófico.

A fim de delimitar o âmbito da liberdade de expressão, o sistema americano desenvolveu diversos testes, tais como os conceitos do *Clear and presente danger*, teste da *Bad tendency* e o teste de *Brandenburg*, também conhecido como teste da ação ilegal iminente, que introduziu um novo padrão mais protetor na liberdade de expressão (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 292-294). Segundo Dieter Grimm (2009, p. 13), em uma avaliação recente da jurisprudência da liberdade de expressão da Suprema Corte, foram enumerados nada menos que oito desses testes, cuja escolha constitui o estágio

penais que proíbem a divulgação de ideias anarquistas, comunistas ou contrárias ao alistamento militar e à entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra. (FISS, 2005, p. 20-21).

⁶⁷ Hugo Black foi juiz da Suprema Corte norte-americana, conhecido por ser o principal defensor da liberdade de expressão no século XX, com base na interpretação literal da Constituição norte-americana. O legado de Black como juiz da Suprema Corte deriva de seu apoio à doutrina da incorporação total, segundo a qual a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos faz a Declaração de Direitos – originalmente adotada para limitar o poder do governo nacional – igualmente restritiva sobre o poder dos estados de restringir a liberdade individual, de modo que o *Bill of Rights* seria aplicável em todo o território nacional. (CHEQUER, 2011, p. 112).

decisivo na tomada de decisões. Crítica, portanto, a discricionariedade, em termos de previsibilidade do resultado, do uso de vários graus de escrutínio, conforme o tipo de discurso e da natureza do regulamento em questão. Ocorre que esses testes, dos quais decorrem resultados distintos no tratamento do *hate speech*, são empregados pela Suprema Corte sem clareza quanto à escolha do método, refletindo, de fato, das ideologias políticas subjacentes (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 55-77).

Com fulcro na ideologia política, identificam-se duas correntes básicas de defesa da liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio no sistema americano. A corrente liberal-utilitária⁶⁸, que defende a liberdade de expressão com base em argumentos consequencialistas, tais como a busca da verdade e livre mercado de ideias; e a corrente liberal-deontológica⁶⁹, que defende a liberdade de expressão com fulcro na neutralidade do Estado (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 55-77). A filosofia política está claramente enraizada nas escolas americanas da liberdade de expressão. A análise da liberdade de expressão e seus fundamentos básicos requer, pois, investigação ligada ao conceito de justiça (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 284-285).

No que tange aos testes adotados pela Suprema Corte no âmbito da liberdade de expressão, a teoria do *clear and presente danger* foi adotada pela Suprema Corte no caso *Schenck vs. Estados Unidos* (U.S. SUPREME COURT, 1919). Segundo esta visão, adotada nos primórdios do século XX, o exercício da liberdade é legítimo, desde que o discurso não represente um perigo claro e iminente (*clear and presente danger*) de uma ação concreta que venha violar um direito fundamental. Para os demais casos, o remédio contra más ideias deve ser mais discussão e não a censura. Essa teoria findou por restringir a liberdade de expressão de forma exacerbada, de modo que até a propaganda de partidos comunistas foi considerada um perigo claro e iminente no referido precedente (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 93-94). A esse respeito, pertinente a crítica

⁶⁸ Vertente do liberalismo político segundo a qual os valores fundamentais da liberdade devem ser preservados não apenas pelo seu valor intrínseco, mas também porque sua realização maximiza o bem-estar da comunidade. Baseia-se em argumentos consequencialistas, como a busca da verdade e o livre mercado de ideias. A defesa de John Stuart Mill em prol da liberdade de expressão enquadra-se neste viés, porquanto a noção de livre mercado de ideias tem por finalidade que a melhor ideia prevaleça. (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 90-91).

⁶⁹ Segundo os liberais radicais ou deontológicos, o fundamento da prevalência da liberdade de expressão é a necessidade de neutralidade do Estado. Com base em Michael Sandel, Cavalcante Filho classifica Dworkin e Rawls como liberais deontológicos. (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 92-93). Para Dworkin, a neutralidade do Estado trata-se de argumento de princípio e não de utilidade, segundo o qual o Estado não pode decidir o que é verdade, de modo que qualquer controle do governo sobre a expressão de ódio seria paternalista. Por conseguinte, a liberdade de expressão deve ser estendida a todos sem distinção, cabendo aos indivíduos, como agentes morais responsáveis, formar suas opiniões. (DWORKIN, 2009, p.VII).

de John Rawls, no sentido de que não é de particular importância determinar se a expressão política é perigosa ou não, porquanto a expressão política de doutrinas que rejeitamos ou consideramos contrárias a nossos interesses muito facilmente nos parecerá perigosa (RAWLS, 2010, p. 411).

Posteriormente, em *Whitney vs. Califórnia*⁷⁰ (U.S. SUPREME COURT, 1927), adotou-se uma versão mais branda do *clear and presente danger*, o teste da má tendência (*bad tendency*), teste que permite a restrição da liberdade de expressão pelo governo se a forma de discurso tem uma única tendência para incitar ou causar atividade ilegal (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 291). Ambos os critérios, porém, são baseados no conteúdo do discurso.

No caso *Chaplinski vs. New Hampshire* (U.S. SUPREME COURT, 1942), o teste *clear and presente danger* foi substituído pelo critério das *fighting words*⁷¹. As “palavras de luta” são entendidas como uma categoria estreitamente definida de expressões que, na qualidade de mero insulto, podem causar uma briga por constituírem nada mais do que um chamado à violência física. Para se encaixar nessa definição, contudo, uma expressão deve ter baixíssimo apelo deliberativo, não podendo ter chance de ser entendida como um “convite à troca de ideias.” (SILVA, 2015, p. 42). Ocorre que, malgrado aparentemente mais liberal do que o teste do *clear and presente danger*, a essência era a mesma: “o exercício legítimo da liberdade de expressão não protege o autor de palavras de guerra, que possam causar um perigo claro e iminente.” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 94-95). Ademais, não houve superação formal dos precedentes *Schenck vs. Estados Unidos* ou *Whitney vs. Califórnia*.

No caso *Brandenburg vs. Ohio* (U.S. SUPREME COURT, 1969), a Suprema Corte norte-americana considerou acobertados pela liberdade de expressão discursos de ódio e racistas de um líder da Ku Klux Klan contra negros e judeus, em rede de televisão. No precedente, declarou-se inconstitucional lei do Estado de Ohio, por considerar que ela punia a defesa de uma ideia. De acordo com esse entendimento, ideias racistas podem ser livremente defendidas, caso não sejam direcionadas e adequadas à prática de atos violentos. A Corte fundamentou a absolvição do réu na ausência de

⁷⁰ Em, *Whitney vs. Califórnia* (1927), Charlotte Anita Whitney foi condenada simplesmente por causa de sua associação com o Partido Comunista. O tribunal decidiu, por unanimidade que, embora ela não tivesse cometido nenhum crime, seu relacionamento com os comunistas representava uma “má tendência” e, portanto, estava desprotegido. (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 291).

⁷¹ A doutrina da *fighting words* foi elaborada pela Suprema Corte americana no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (U.S. SUPREME COURT, 1942) e relativizada no precedente *R.A.V. vs. City of St. Paul* (U.S. SUPREME COURT, 1992), em favor da proteção às manifestações de racismo.

violência intencional, provável e iminente do discurso contra negros e judeus. Ocorre que a Suprema Corte americana só considerou a violência e os danos físicos, desconsiderando a violência moral e psíquica das vítimas do discurso, bem como o direito à memória dos familiares dos mortos nos campos de concentração (LUNA; SANTOS, 2014, p. 233). Decidiu-se que as garantias constitucionais de liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que um Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa é direcionada a incitar ou produzir uma iminente ação ilegal (*imminent lawless action*) e é provável que incite ou produza tal ação.

O teste de *Brandenburg* ou da iminente ação ilegal, composto de três elementos distintos – intenção, iminência e probabilidade, superou o precedente *Schenck vs. Estados Unidos*, introduzindo um novo padrão mais protetor da liberdade de expressão. Os fundamentos desta decisão conjugam os elementos básicos do liberalismo utilitário. A decisão assentou-se na ideia de neutralidade⁷² do Estado frente ao conteúdo do discurso, vedando-se ao Estado que regulamente a manifestação de opinião de acordo com seu conteúdo, e no conceito de prevalência das ideias verdadeiras, no livre mercado de ideias, combatendo-se os abusos da liberdade de expressão com mais liberdade de expressão e não com a supressão do discurso, conforme lição de Stuart Mill (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 97-103).

Em que pese haja uma tendência na doutrina brasileira de identificar os testes do *clear and presente danger* e da *imminent lawless action*⁷³, os testes foram adotados sucessivamente pela jurisprudência norte-americana com o escopo de aumentar a proteção à liberdade de expressão (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 96).

Faz-se necessário, ainda, discorrer sobre o caso *National Socialist Party of Americ vs. Village of Skokie* (U.S. SUPREME COURT, 1977), que, segundo Michel Rosenfeld, passou a simbolizar a resposta política e constitucional contemporânea ao discurso de ódio nos Estados Unidos. O caso emergiu de uma marcha prevista por neonazistas em uniformes completos da SS, com suásticas, através de Skokie, um subúrbio de Chicago com uma grande população judaica, incluindo milhares de sobreviventes do Holocausto. As autoridades municipais locais adotaram medidas com o

⁷² Segundo Owen Fiss, o princípio da neutralidade do Estado “[...] proíbe o Estado de regular o discurso com base naquilo que está sendo dito [...]”, bem como de “tentar controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vista contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate.”(FISS, 2005, p. 51-53).

⁷³ Nesse sentido, leciona Samantha Meyer-Pflug: “[...] em cada caso a Suprema Corte Americana tem sopesado, de um lado, o interesse estatal e, do outro, o direito à liberdade de expressão, mas se utilizando sempre do critério do “perigo claro e iminente.” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 148).

fito de impedir a marcha. A batalha constitucional se concentrou em determinar se a marcha proposta em Skokie seria um "incitamento à violência". Com base no depoimento de sobreviventes do Holocausto residentes em Skokie, que afirmaram que a exposição à suástica poderia levá-los à violência, um tribunal estadual inferior determinou que tal marcha fosse proibida (ROSENFELD, 2001, p. 22-23). As autoridades judiciárias locais expediram ordem para impedir os partidários neonazistas de “marchar, caminhar ou realizar desfiles com o uniforme do Partido Nacional Socialista da América ou exibindo a suástica”, bem como de “distribuir panfletos ou disponibilizar materiais incitando ou promovendo o ódio contra Judeus ou contra pessoas de qualquer fé ou ascendência, raça ou religião.” (U.S. SUPREME COURT, 1977). Ocorre que os neonazistas apelaram desta decisão, sob alegação de violação à liberdade de expressão garantida na Primeira Emenda, porém a Suprema Corte de Illinois não conheceu do apelo. Com efeito, a Suprema Corte concedeu o *certiorary*, por questões processuais, permitindo a realização da manifestação enquanto não fosse julgado o recurso na esfera estadual (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 104). Malgrado a decisão tenha sido proferida com fundamento em questões processuais, em suas incursões no mérito, a Suprema Corte americana considerou a liminar que restringiu a marcha excessivamente ampla, de modo a corroborar a posição preferencial atribuída à liberdade de expressão.

Destarte, no sistema americano, atribui-se, portanto, uma posição preferencial à liberdade de expressão na arquitetura dos direitos fundamentais, ignorando-se “a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode provocar sobre seus alvos” (SARMENTO, 2010, p. 217). Porém, a história da Primeira Emenda Americana mostrou que as pessoas são facilmente dissuadidas de exercer sua liberdade de expressão (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 293). Com efeito, muitas vezes o indivíduo renunciará ao seu direito de falar, demonstrando o reconhecimento desse efeito silenciador do poder do governo, da mídia e das redes sociais de usar a intimidação para silenciar seu discurso e dominar e manipular o debate público.

Dworkin⁷⁴ (2006, p. 356-357) assevera que a jurisprudência relativa à Primeira Emenda reconhece que certas formas de expressão têm o efeito silenciador, de modo que cabe ao Estado equilibrar as liberdades negativas proibindo a interrupção de oradores e outras formas de expressão que tem a finalidade de impedir que outras pessoas falem ou sejam ouvidas. Nesse aspecto, diverge do entendimento de Michelman de que a

⁷⁴ Na ocasião, Dworkin trata da liberdade de expressão no contexto da pornografia, porém o capítulo versa sobre pornografia e ódio, de modo que os argumentos são aplicáveis a ambas as esferas.

regulação do Estado deve se referir não somente aos ruídos emitidos com intenção de abafar a liberdade de expressão da vítima, como também aos argumentos e imagens que mudem a percepção do público sobre seu caráter e condição e até mesmo a ideia de quem seja. Para Dworkin, a tentativa de Michelman e outros de expandir, dessa forma, a ideia de liberdade negativa tem por escopo, de fato, justificar a censura dentro de um esquema constitucional que atribui lugar de honra à liberdade de expressão.

Ocorre que não se deve desprezar o *chilling effect* de que fala a doutrina americana, nem tampouco o impacto que o discurso do ódio acarreta no *status* social mais amplo do grupo. É preciso considerar que as vítimas, quase sempre pertencentes às minorias, não tem acesso aos espaços públicos democráticos, nos quais possam livremente rebater, discutir e repudiar os discursos odiosos. Owen Fiss leciona que o medo é que o discurso torne impossível para os grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão, uma vez que o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio, na medida em que aqueles que responderiam não podem fazê-lo.

Esse fato ganha especial relevância diante da exclusão digital. Owen Fiss (1986, p. 1.412) também adverte acerca do desequilíbrio estrutural do poder que frequentemente afeta o domínio do discurso público controlado pelas grandes corporações de mídia, apontando a necessidade de repensar o papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. Para Fiss (1986, p. 1.408), a tradição da liberdade de expressão pode ser entendida como uma proteção para o falante da esquina da rua, um indivíduo que monta uma caixa de sabão em uma esquina em alguma cidade grande, começa a criticar a política do governo e é preso por quebra de decoro. Na era da sociedade em rede, porém, o discurso do ódio nas redes sociais muito dista do falante individual que tem na liberdade de expressão salvaguarda de ser silenciado pelo Estado.

Outrossim, sem pretender realizar estudo de casos da jurisprudência americana, mas apenas compreender as ideias norteadoras deste sistema, utilizando-se, para tanto, dos casos mais significativos, impende perscrutar o tratamento do discurso do ódio no caso *R.A.V vs. St. Paul* (U.S. SUPREME COURT, 1992). No caso referido, um jovem, R.A.V, à época menor de idade, queimou uma grande cruz de madeira no jardim de uma família negra que se mudara recentemente para uma bairro majoritariamente branco na cidade de *Saint Paul*. O jovem foi processado criminalmente com base em uma lei do Estado de Minnessota que criminalizava a utilização de símbolos que se saiba ou se

tenha razão para saber que despertem ódio, alarme ou ressentimento em outros com base na raça, cor, credo ou gênero. Nas instâncias ordinárias, o acusado foi absolvido e declarada a inconstitucionalidade da lei estadual em face da Primeira Emenda, por definir a conduta criminosa de maneira excessivamente ampla e baseada em conteúdo. A Suprema Corte do Estado reverteu a decisão por considerar que as condutas criminalizadas configuravam *fighting words*, bem como porque a lei serviria ao interesse governamental de proteger a comunidade contra ameaças motivadas por preconceitos contra a segurança pública e a ordem pública.

A Suprema Corte, no entanto, reverteu a decisão e declarou a inconstitucionalidade da lei, com base em ideias eminentemente liberais, e, em uma argumentação que, segundo Cavalcante Filho (2018, p. 104), é puramente política. A decisão fundamentou-se no fato de a lei ser baseada no conteúdo, sendo presumivelmente inválida. Argumentou-se que o governo não pode regular comportamentos com base na hostilidade ou favoritismo em relação a uma mensagem subjacente ao discurso, de modo a violar a neutralidade do Estado. Vislumbrou-se a falta de neutralidade na medida em que o ato estatal restringe o uso dessas expressões racistas, mas não proíbe o uso de expressões provocadoras pelo grupo que combate o racismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 147).

Dworkin (2006, p. 326- 327) entende que o caso *R.A.V vs. St. Paul* diz respeito a saber se um Estado pode, sob a Constituição, fazer da agressão um crime especial, punível com uma pena maior, quando essa agressão tem intenção de expressar uma convicção que a comunidade não aprova. Defende a posição da Suprema Corte de proteger até mesmo as palavras que odiamos, nas palavras de Holmes, por entender que a tolerância com os intolerantes se justifica em “uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual”. Ocorre que, alinhando-se ao entendimento de João Trindade Cavalcante Filho (2018, p. 114), entende-se que, diversamente da leitura de Dworkin a respeito deste caso, o objeto da decisão foi a possibilidade ou não de criminalizar as condutas discriminatórias ou propagadoras do discurso do ódio e não se essa criminalização pode ser feita de forma mais veemente. Prova disto é que, ao se declarar a inconstitucionalidade da lei de *Saint Paul*, não houve condenação.

Por conseguinte, a jurisprudência norte-americana consolidou-se nesse sentido, de modo que os debates mais relevantes, naquele contexto, referem-se à regulação do discurso do ódio nas universidades americanas, que, segundo a doutrina da

*state action*⁷⁵, não se submetem à Primeira Emenda (SARMENTO, 2010, p. 220). Nesse sentir, diversas universidades adotaram códigos de conduta que estabelecem restrições a expressões racistas e outras manifestações de discurso do ódio, trazendo intenso debate a respeito, inclusive nos tribunais⁷⁶. Ademais, os debates sobre a possibilidade de restrição legal ao discurso do ódio persistem na doutrina e variam conforme se leve em consideração apenas uma abordagem consequencialista ou não consequencialista sobre essa questão.

Segundo Gustavo Binbenbom e Caio Mário da Silva Pereira Neto, em prefácio à obra de Owen Fiss (2005, p. 12), há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano: a teoria libertária, segundo a qual a Primeira Emenda visa proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas, e a teoria democrática, que trata a Primeira Emenda essencialmente como instrumento de autogoverno, de modo a assegurar a livre informação sobre os assuntos de interesse geral. Enquanto, na primeira perspectiva, a liberdade de expressão se identifica como uma dimensão da chamada “liberdade dos modernos”, consoante expressão cunhada por Benjamin Constant, a ser defendida da intervenção estatal; de acordo com a segunda concepção da Primeira Emenda, aproxima-se da “liberdade dos antigos”, identificada com a cidadania e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da *polis*, de modo que a regulação estratégica do Estado exerce um papel de proteção e incentivo na criação de uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno.

Nesse contexto, Owen Fiss (2005, p. 14-15) trata acerca do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão e das dicotomias que a sua atuação no tratamento dessas liberdades envolve. Se por um lado, o excesso na intervenção pode conduzir a um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, por outro lado, a omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais, econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação do discurso público por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa.

⁷⁵ A doutrina da *state action*, de forma assistemática e casuística, objetiva definir quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública e, por conseguinte, vinculá-la às disposições de direitos fundamentais, excepcionando a concepção liberal de direitos fundamentais da doutrina e jurisprudência norte-americanas, que somente os aplica às relações em que o Estado participa. Segundo Virgílio A. da Silva, “na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita já com o intuito de coibir o ato privado violador de direitos fundamentais.” (SILVA, 2014, p. 42).

⁷⁶ Vale mencionar, a título de exemplo, *Doe vs. Michigan* (U.S. SUPREME COURT, 1989) e *Texas vs. Johnson* (U.S. SUPREME COURT, 1989).

Outrossim, na era da sociedade em rede, os grandes conglomerados de comunicação podem restringir a liberdade de expressão tanto quanto o Estado, de modo que se faz necessário uma atuação positiva do Estado para “garantir que a voz de grupos minoritários na sociedade seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo no debate público, em prol da democracia.” (FISS, 2005, p. 15).

A experiência jurídica americana em liberdade de expressão oferece muitas lições importantes, considerando-se a existência de um repertório muito rico de análise conceitual e dados empíricos, tanto sobre os fundamentos instrumentais quanto não-instrumentais usualmente invocados para apoiar a liberdade de expressão (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 298). A história americana também mostra um contexto interessante em que o funcionamento dos limites estruturais da liberdade de expressão pode ser analisado e criticado. Essa crítica levou a distinções de áreas especiais, como grandes meios de comunicação, contextos de trabalho, contextos acadêmicos, que raramente são considerados da maneira mais refinada pelas cortes e doutrinas brasileiras (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 29).

Malgrado nenhum dos regimes constitucionais examinados tenha deixado de regulamentar o discurso do ódio, há grandes diferenças entre a regulação mínima praticada nos Estados Unidos e a regulação muito mais extensa típica de outros países e dos acordos internacionais (ROSENFELD, 1987, p. 63). Michel Rosenfeld (1987, p. 63) assevera que, apesar de ambos os sistemas serem imperfeitos, o sistema americano não seria a melhor alternativa em um mundo que vivenciou o Holocausto, vários genocídios e limpezas étnicas, em que as nações se tornam cada vez mais diversificadas social, étnica, religiosa e culturalmente. Com efeito, considerando que, no mundo globalizado e na sociedade em rede, o discurso de ódio pode agora se espalhar quase instantaneamente pelo mundo, a necessidade de regulamentação se torna cada vez mais urgente, conforme propõe Rosenfeld. Nesse sentido, traz-se à lume pertinente conclusão sobre a necessidade de regulamentação do discurso do ódio:

In view of these important changes the state can no longer justify commitment to neutrality, but must embrace pluralism, guarantee autonomy and dignity, and strive for maintenance of a minimum of mutual respect. Commitment to these values requires states to conduct an active struggle against hate speech, while at the same time paving the way to avoiding most of the pitfalls likely to be encountered in the course of that struggle. It would of course be preferable if hate could be defeated by reason. But since unfortunately that has failed all too often, there seems no alternative but to combat hate speech through regulation

in order to secure a minimum of civility. (ROSENFELD, 1987, p. 63).⁷⁷

Antes de ser um elemento necessário do autogoverno de uma nação, a liberdade de expressão é um elemento necessário da autodeterminação individual e da dignidade da pessoa humana, que está no centro da ideia de direitos fundamentais. A dupla base da liberdade de expressão – o autodesenvolvimento individual e a autodeterminação coletiva – desempenha um papel quando levanta a questão de quais restrições de fala são compatíveis com a garantia constitucional. Não pode haver dúvida de que, apesar de sua importância, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, pois a fala pode prejudicar outras liberdades ou interesses protegidos (GRIMM, 2009, p. 12).

2.4.2 Sistema alemão

A jurisprudência alemã adota uma postura mais restritiva à liberdade de expressão e ao discurso do ódio, postura atribuída pela doutrina nacional ao texto constitucional alemão e à realidade histórica da Alemanha, notadamente diante das nefastas consequências do regime nacional-socialista.

É cediço que a dignidade da pessoa humana tem posição central na Lei Fundamental da Alemanha⁷⁸ e, não obstante se resguarde a liberdade de expressão, o modelo alemão submete-a a ponderações diante de colisões de direitos, repudiando o discurso do ódio. A Lei Fundamental alemã, diversamente da Constituição americana, protege expressamente dignidade, no artigo 1º (1); o direito à personalidade, no artigo 2º (1) e o direito à honra pessoal no artigo 5º (2), conferindo-lhes maior prevalência contra o discurso do ódio e pressupondo um limite à liberdade de expressão (BRUGGER, 2009, p. 123). Ademais, a Lei Básica de 1949, ao assegurar em seu artigo 5º (1) o direito à liberdade de expressão, já estabelece expressamente os respectivos limites no artigo 5º (2), a seguir colacionados:

⁷⁷ Em vista dessas importantes mudanças, o Estado não pode mais justificar o compromisso com a neutralidade, mas deve abraçar o pluralismo, garantir autonomia e dignidade, e lutar pela manutenção de um mínimo de respeito mútuo. O compromisso com esses valores requer que os Estados conduzam uma luta ativa contra o discurso do ódio, enquanto, ao mesmo tempo, preparam o caminho para evitar a maioria das armadilhas que podem ser encontradas no decorrer da luta. É claro que seria preferível se o ódio pudesse ser derrotado pela razão. Mas, como infelizmente isso tem falhado com demasiada frequência, parece não haver alternativa senão combater o discurso do ódio através da regulamentação, a fim de garantir um mínimo de civildade. (ROSENFELD, 1987, p. 63, tradução nossa).

⁷⁸ O documento foi denominado Lei Fundamental Alemã, ao invés de Constituição, porque se entendia que seria provisório, caráter expressamente anunciado no seu artigo 146. (COSTA NETO, 2017, p. 86).

(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. (DEUTSCHLAND, 1949, tradução nossa).⁷⁹

Para que a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão seja considerada legítima, porém, faz-se necessária a edição de lei em sentido formal, “geral”, bem como a preservação do núcleo essencial do direito, requisitos que constituem limites dos limites deste direito fundamental (COSTA NETO, 2017, p. 90). Ocorre que a relação entre o direito fundamental da liberdade de expressão e as “leis gerais” que o restringem não deve ser compreendida como restrição unilateral da eficácia do direito fundamental por meio dessas leis; mas um efeito transacional sinalagmático (*Wechselwirkung*). Desde o caso *Lüth vs. Urteil* (BVerfGE 7, 198), qualquer lei restritiva da liberdade de expressão deve observar a eficácia recíproca no sentido de que se as leis gerais colocam, por um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro lado, a relevância do direito fundamental no Estado livre e democrático deverá limitar a própria eficácia limitadora da lei restritiva (SCHWABE, 2005, p. 398-399).

A Lei Fundamental alemã atribuiu ao direito fundamental de liberdade de expressão uma maior importância. Trata-se de um direito fundamental constituinte para a democracia, bem como expressão direta da personalidade na sociedade (SCHWABE, 2005, p. 399, 424). A liberdade de comunicação foi assegurada no 5º, I, GG⁸⁰, que contempla cinco “liberdades” de comunicação, individual e social, quais sejam: liberdade de expressão ou de opinião, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de radiodifusão e liberdade de cinematografia (SCHWABE, 2005, p. 379-380). Em que pese a liberdade de expressão não seja um direito preferencial na Alemanha, possui *status* de especial importância às funções que serve, constitutivo do Estado Democrático livre (BRUGGER, 2009, p. 123). Prova deste *status* é o fato de que o artigo 5º, GG, nunca sofreu alteração em sua redação, não obstante a Lei Fundamental

⁷⁹ Tradução realizada por Assis Mendonça, Aachen e revisada por Urbano Carvelli, Bonn e publicada pelo Parlamento Federal Alemão em janeiro de 2011. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁸⁰ Abreviatura de *Grundgesetz*, que significa Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha).

alemã tenha sido alterada por mais de 50 emendas constitucionais. Alcança, outrossim, todas as pessoas e não somente os nacionais, como ocorria sob a égide da Constituição de Weimar (COSTA NETO, 2017, p. 86-87).

Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, o direito de expressar pensamentos inclui todos os tipos de julgamentos e opiniões, sejam bem fundamentados ou infundados, emocionais ou racionais, de grande utilidade ou sem nenhum valor, perigosos ou inofensivos, ainda que expressa de maneira incisiva ou injuriosa (BRUGGER, 2009, p. 120). Apenas se encontram fora da área de proteção do artigo 5º, (I), da Constituição alemã, as afirmações intencionalmente incorretas e aquelas cuja inverdade seja patente já no momento da declaração. Todas as demais afirmações de fato com relação à opinião gozam da proteção de direito fundamental, mesmo quando posteriormente se revelarem incorretas (SCHWABE, 2005, p. 204-205).

Na Alemanha, a liberdade de expressão, assim como outros direitos constitucionais é, em parte, um direito negativo e, em parte, um direito positivo. Confia-se, pois, no Estado como indutor de ideias que reforcem a unidade política e o respeito mútuo entre os integrantes da comunidade, indicando a influência da ideologia política comunitarista⁸¹ na questão do *hate speech* (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 148).

Outrossim, o direito alemão prevê a criminalização, no plano infraconstitucional, da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião. Com o escopo de desvelar o significado desta tipificação penal, impende retomar a classificação do discurso do ódio na dogmática alemã, conforme lição de Winfried Brugger (2007, p. 124-136), exposta no capítulo primeiro, em três modalidades, quais sejam, insulto a indivíduos, insulto coletivo e mentiras do Holocausto – simples e qualificada.

⁸¹ Roberto Gargarella (2008, p. 141) distingue, sinteticamente, o comunitarismo do liberalismo, *in verbis*: “[...] o liberalismo defende que o Estado deve ser ‘neutro’ diante das distintas concepções do bem que surgem em determinada comunidade e, deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’ dos livres acordos realizados pelos particulares. Por outro lado, para o comunitarismo, o Estado deve ser essencialmente um Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública.” Winfried Brugger (2008, p. 57-83) leciona que o comunitarismo não pode ser reduzido a uma única variante do pensamento comunitário, porquanto corresponde a uma família de teorias com diversas variações, as quais classifica em três modelos: comunitarismo substantivo e conservador, comunitarismo liberal e comunitarismo igualitário-universalista. Através da autodeterminação da comunidade, o comunitarismo objetiva maximizar a satisfação humana. Segundo essa teoria sociojurídica, sociedade e Estado deveriam ser constituídos para responder às necessidades humanas básicas de modo a formar comunidades, o que não significa que o Estado está autorizado a aplicar coativamente estas ideias e recomendações. Ao contrário, a coerção só poderá ser utilizada especificamente para resguardar contra a violência entre indivíduos e grupos.

O artigo 185 do Código Penal alemão criminaliza o insulto e o discurso do ódio contra indivíduos ou grupos (BRUGGER, 2007, p. 121). O artigo 130 do Código Penal alemão, por sua vez, proíbe o incitamento ao ódio e criminaliza a difamação coletiva, especialmente contra “grupos determinados por nacionalidade, raça, religião ou origem étnica [...]”, porém protege bem jurídico diverso do artigo 185, visando evitar a “perturbação da paz”. Ocorre que esse dispositivo criminaliza o incitamento ao ódio e à violência sem exigência de risco presente para as minorias, sendo direcionado contra “o perigo de um perigo”, de modo a consubstanciar uma limitação muito grande à liberdade de expressão (BRUGGER, 2007, p. 129). Destarte, “[...] o incitamento a ódio racial é visto pelo legislador como elevação do risco geral de ruptura da paz pública, inclusive violações da dignidade e honra de grupos minoritários e a ocorrência de crimes de ódio.” (BRUGGER, 2007, p. 129). Após o julgamento de *Auschwitz Lie* e do caso *Günther Deckert*⁸², o Parlamento alemão aprovou lei que criminaliza especificamente a negação e minimização do Holocausto, incluindo os §3º e §4º ao artigo 130, não se exigindo para adequação típica um perigo concreto, mas tão somente que a conduta “seja capaz de perturbar a ordem pública” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 178-179). Por sua relevância, traz-se à lume o artigo 130 do StGB⁸³, traduzido por Samantha Meyer-Pflug:

Art. 130. Quem de forma capaz de perturbar a ordem pública:

1. incitar ao ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou
2. atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos.

§ 2. Com pena de privação de liberdade até três anos ou com multa será castigado quem:

- a) divulgue;
 - b) exponha publicamente, fixe, exiba ou de outra maneira faça acessível;
 - c) ofereça a uma pessoa menor de 18 anos, ou faça acessível;
 - d) produza, financie, forneça, tenha disponível, ofereça, anuncie, elogie, trate de importar ou exportar.
1. publicações (§ 11, inc. 3) que incitam ao ódio contra parte da

⁸² Günther Deckert, líder do Partido Nacional Democrata, um partido conservador, organizou uma palestra na Alemanha, em 1991, cujo palestrante, Sr. Freud Leuchter, era um americano especialista na construção de câmaras de gás para as cadeias norte-americanas. O palestrante negava a morte de judeus através de câmaras de gás durante a 2ª Guerra Mundial, sob a alegação de que a Alemanha não dispunha, à época, de tecnologia para criar as câmaras de gás. Em abril de 1994, após três julgamentos, o Tribunal Constitucional alemão proferiu decisão proibindo as teorias revisionistas, por entender que não estão protegidas pela liberdade de expressão. (DWORKIN, 2006, p. 358-360).

⁸³ Abreviatura de *Strafgesetzbuch*, que significa Código Penal.

população ou contra um grupo nacional, racista, religioso ou determinado por sua etnia, que exortem a medidas de violência ou arbitrariedade contra eles ou agridam a dignidade humana insultando-os, depreciando-os maldosamente ou caluniando-os, a todos ou parte deles, no sentido da letra a até e, ou para facilitar a outro uma utilização dessa índole, ou;

2. divulgue por radiodifusão um programa com o conteúdo do disposto no número 1.

3. Com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa será castigado quem, em público ou em uma reunião aprove, negue ou minimize um fato cometido com base no regime do nacionalismo e da índole disposta no § 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a paz pública.

4. O inciso também se aplica para publicações (§11, inc. 3) com o conteúdo do disposto no inciso 3. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 178-179).

A terceira modalidade de discurso do ódio, conforme alhures exposto, consiste na negação do fato histórico do Holocausto ou de suas circunstâncias ou magnitude. Faz-se necessário inquirir o fundamento para a criminalização da negação do Holocausto. Para Brugger, “A verdadeira razão para a criminalização alemã até mesmo da negação simples do Holocausto é que quase todos os políticos na Alemanha e todos os tribunais, até a Corte Constitucional Federal, supõem que tal negação consubstancia difamação de grupos e incitamento ao ódio” (BRUGGER, 2007, p. 132). Outrossim, “Essa criminalização pode ser justificada apenas em face da singular significância do Holocausto para auto-imagem de todos os alemães.” (BRUGGER, 2007, p. 133).

Impende ressaltar que a Corte Constitucional alemã jamais derrubou nenhuma das várias proibições criminais, administrativas e civis do discurso do ódio constitucionalmente protegidas na Alemanha. A criminalização do discurso do ódio tem sido admitida pela Corte Constitucional alemã em abstrato, com esteio nas cláusulas limitativas dos direitos de comunicação previstas na Lei Básica, e, em concreto, com base em regras de ponderação com a proteção da personalidade (BRUGGER, 2007, p. 121-122).

Ademais, na tradição doutrinária e jurisprudencial alemã, diversamente do modelo americano, adota-se, desde o paradigmático caso *Lüth*, a doutrina da eficácia horizontal nas relações entre particulares, ainda que tal eficácia seja indireta⁸⁴, segundo entendimento majoritário (SILVA, 2014, p. 81). O mencionado caso se tornou um dos

⁸⁴ A adoção da teoria dos efeitos indiretos se torna notável no excerto da decisão: “No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.” (SCHWABE, 2005, p. 382).

mais conhecidos e citados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o primeiro a enfatizar “a liberdade de expressão como uma preocupação central no constitucionalismo alemão” (QUINT, 2011, p. 74). Frise-se que a dogmática em torno da liberdade de expressão nas dimensões subjetiva e objetiva serviu, em grande parte, de protótipo do desenvolvimento da dogmática geral dos direitos fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 380).

No caso *Lüth vs. Urteil* (BVerfGE 7, 198), no início da década de cinquenta, o cidadão alemão Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa de Hamburgo, conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu, por meio de seu filme *Jud Süß*, de 1941. Harlan, juntamente com a produtora e distribuidora do seu novo filme, ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth*, com base no artigo 826 BGB⁸⁵, que preconiza: “Quem dolosamente causa dano a outrem de maneira contrária aos bons costumes, está obrigada a repará-lo”. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Interpôs-se um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, simultaneamente, uma Reclamação Constitucional, alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5º (I) da Constituição alemã. O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual (SCHWABE, 2005, p. 381-382).

A decisão do caso *Lüth*, malgrado reconheça a função dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra o Estado, desenvolve uma função complementar, a de ordem objetiva de valores, cujo ponto central é o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana no seio da comunidade social, que vale como decisão fundamental para todos os ramos do direito, estabelecendo diretrizes para legislação, administração e jurisprudência (SILVA, 2014, p. 42). Nela, o Tribunal Constitucional asseverou que a decisão judicial do Tribunal Estadual que condenou o boicote ao filme violava o direito fundamental à liberdade de expressão, que também alcança as relações privadas. Isso porque o juiz de varas cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais, quando ignorar a influência dos direitos

⁸⁵ Abreviatura de *BürgerlichesGesetzbuch* – Código Civil.

fundamentais sobre o direito civil. Considerou-se que a expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do artigo 826 BGB, porquanto pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento. No mencionado caso, decidiu-se que o reclamante não agiu motivado por interesse de natureza econômico, nem tampouco por “motivos indignos ou egoísticos” (SCHWABE, 2005, p. 382-394).

O discurso do ódio, em que pese não tenha sido objeto específico do caso *Lüth*, foi um forte componente de seu julgamento (GABINA, 2015, p. 71). A preocupação subjacente à decisão do Tribunal Constitucional alemão consistiu em que “o retorno de Harlan pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista” (SCHWABE, 2005, p. 394). Tratava-se, de fato, de uma questão de sua postura moral e da imagem da Alemanha no mundo naquela época. Objetivou-se demonstrar que o povo alemão abandonou a postura de perseguição dos judeus pelo nacional-socialismo – uma guinada axiológica intrínseca (SCHWABE, 2005, p. 394). O caso envolveu mais do que uma relação entre particulares a ser resolvida pela aplicação dos direitos fundamentais, através do princípio da proporcionalidade. Tratava-se da imagem política da Alemanha e de sua postura frente ao discurso do ódio contra os judeus.

Já no caso *Auschwitz Lie*⁸⁶ (BverfGE 90, 241), a seção de Munique do Partido Democrático Nacional da Alemanha (NPD), um pequeno partido de direita não representado no *Bundestag*, havia planejado uma reunião pública na cidade de Munique, onde o revisionista histórico inglês David Irving deveria falar. De acordo com o § 5º, nº 4, da Lei de Reuniões, a autoridade competente impôs aos organizadores do evento a condição de assegurar, por medidas apropriadas, que na reunião nada fosse dito sobre a perseguição aos judeus no Terceiro Reich que negasse ou pusesse em causa essa perseguição. Ademais, a criminalidade dessas intervenções deveria ser assinalada no começo do evento e possíveis contribuições faladas relevantes deveriam ser imediatamente evitadas. Se necessário, a reunião deveria ser interrompida ou encerrada. A autoridade adotou tais medidas porque existiam fundamentos para a suposição de que haveria a prática dos delitos previstos nos artigos 130, 185, 189 e 194 do Código Penal

⁸⁶ Versão em inglês do caso *Auschwitz* disponibilizado pela Universidade do Texas. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>. Acesso em: 24 jun. 2018.

alemão.

A Corte Constitucional alemã declarou constitucional o ato que proibiu a realização de palestra do revisionista David Irving, confirmando a decisão de primeira instância. Segundo a decisão, o objeto da proteção de direito básica do artigo 5º (1) da Lei Fundamental Alemã são as afirmações sobre opiniões e não as afirmações sobre fatos. Ademais, a proteção das afirmações de fato cessa na medida em que deixa de contribuir para a formação de opinião, pressuposta no direito constitucional. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal considerou que uma afirmação de fato conhecida ou comprovada como falsa não é abrangida pela proteção da liberdade de opinião.

Dieter Grimm (2009, p. 559) explica a distinção, segundo a dogmática alemã, entre afirmação sobre fatos e afirmações sobre opinião. De acordo com o artigo 5º da Lei Fundamental alemã, todos têm o direito de expressar e divulgar livremente sua opinião em discurso, escrita e imagens. Nessa perspectiva, a formulação "liberdade de opinião" é mais estreita que "liberdade de expressão", abrangendo apenas um segmento de fala, excluindo-se da proteção as declarações de fato. Diferenciam-se opiniões, entendidas como avaliações pessoais de uma questão ou juízos de valor, das declarações de fatos, caracterizadas por uma relação objetiva entre a expressão e seu objeto.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Constitucional alemão, as declarações de fato somente são abrangidas pela proteção do artigo 5º se estiverem relacionadas a opiniões, seja porque os fatos são objeto de uma opinião, seja porque são usados como evidência para apoiar ou refutar uma opinião. Enquanto as opiniões como expressões subjetivas não podem ser qualificadas como certas ou falsas, as afirmações de fatos podem. Conforme entendimento da Corte, a veracidade ou falsidade de uma declaração de fato é relevante para o grau de proteção, de modo que falsas declarações de fatos são menos protegidas do que as declarações de fato verdadeiras ou as opiniões. Uma mentira deliberada ou uma declaração de fato, cuja falsidade já estava claramente estabelecida antes da declaração ser feita, não é de modo algum protegida. Essa distinção, realizada muito antes deste caso de negação do Holocausto, tornou-se relevante no caso *Auschwitz Lie*. A negação do Holocausto foi considerada uma declaração falsa de fatos, cuja falsidade foi estabelecida por numerosos relatos de testemunhas, pesquisas históricas e pelo julgamento de Auschwitz de 1964/65, em Frankfurt (GRIMM, 2009, p. 559).

Diversamente da Corte Constitucional alemã, Jónatas Machado (2002, p.425) defende que o direito fundamental à liberdade de expressão protege não apenas

opiniões e juízos de valor em sentido estrito, mas também afirmações de fato. Primeiramente, aponta a íntima ligação entre afirmações de fato e juízos de valor. Considera o aspecto teórico-cognitivo de impossibilidade de conhecimento dos fatos totalmente impermeável a valorações subjetivas. Ademais, assevera que “as afirmações de facto são elementos fundamentais para a construção e discussão de visões de mundo, bem como de concepções políticas, ideológicas e filosóficas, a partir das quais são tomadas decisões individuais e colectivas” (MACHADO, 2002, p.425). Na prática, faz-se, de fato, difícil distinguir opiniões e afirmações de fato, notadamente diante da superação das dualidades da metafísica da consciência na hermenêutica filosófica de Gadamer (2008, p. 406-407).

Cavalcante Filho (2018, p. 135) aponta a influência das ideias comunitaristas na decisão do caso *Auschwitz Lie*, porquanto o seu argumento central é a identificação entre o insulto contra o grupo e o insulto contra o indivíduo, por desrespeitar a ideia de pertencimento à comunidade. A questão da identidade faz-se essencial para o entendimento de *Auschwitz Lie*. Nesta decisão, a Corte afirmou que a perseguição do povo judeu durante a era nazista se tornara parte da identidade da atual geração de judeus. Na Alemanha, portanto, a negação do Holocausto, portanto, nega identidade dos judeus (GRIMM, 2009, p. 560). Nas palavras de Dworkin, “A negação do Holocausto é uma ofensa monstruosa à memória dos judeus e de todos os outros que morreram nos campos de concentração de Hitler” (DWORKIN, 2006, p. 361). A interferência da discriminação contra o grupo dos judeus e, do indivíduo enquanto parte do grupo, na própria noção de individualidade e na autoimagem dos judeus foi destacada pela Corte Constitucional alemã, ao citar a seguinte passagem da opinião do tribunal de primeira instância:

The historical fact itself, that human beings were singled out according to the criteria of the so-called “Nuremberg Laws” and robbed of their individuality for the purpose of extermination, puts Jews living in the Federal Republic in a special, personal relationship vis-a-vis their fellow citizens; what happened [then] is also present in this relationship today. It is part of their personal self-perception to be understood as part of a group of people who stand out by virtue of their fate and in relation to whom there is a special moral responsibility on the part of all others and that this is part of their dignity. Respect for his self-perception, for each individual, is one of the guarantees against repetition of this kind of discrimination and forms a basic condition of their lives in the Federal Republic. Whoever seeks to deny these events denies vis-a-vis each individual the personal worth of Jewish persons. For the person concerned, this is continuing discrimination against the group to which

he belongs and, as part of the group, against him.⁸⁷ (ROSENFELD, 2001, p. 43).

De maneira semelhante à *Auschwitz Lie*, porém, já após a alteração do artigo 130 do Código penal alemão que incluiu os parágrafos 3º e 4º para criminalizar especificamente a negação do holocausto, o Tribunal Constitucional alemão julgou, com base no §4º do artigo 130, o caso *Rudolf Hess* (1BvR 2150/08), mantendo a condenação administrativa do Partido Neonazista Socialista Alemão, por pretender realizar reuniões anuais em homenagem a *Rudolf Hess*, assessor direto de Hitler e condenado a prisão perpétua pelo Tribunal de Nuremberg, na cidade de *Wunsiedel*, onde foi enterrado. O Partido Neonazista alegou violação aos princípios da liberdade de opinião e da legalidade, em razão dos termos excessivamente amplos dos dispositivos da legislação penal (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 142-144). O Tribunal Constitucional decidiu que o parágrafo 4º do artigo 130, do StGB, não obstante a total generalidade do preceito, não viola o mandato de certeza do artigo 103, alínea 2, da Lei Fundamental, porquanto os elementos do tipo penal são extraídos dele mesmo ou da sua relação com outras determinações do Código Penal, com concretização suficientemente determinável (GIACOMOLLI; SILVA, 2010, p. 580). Considerou-se constitucional a exceção à exigência de lei geral para limitação de direito fundamental com base na injustiça e terror provocados pelo regime nacional-socialista.

João Costa Neto (2017, p. 96-97) sustenta que a criminalização do revisionismo histórico com relação ao holocausto é exceção criada um tanto *ad hoc* e casuisticamente em face do passado da Alemanha e do próprio contexto em meio ao qual o Tribunal Constitucional alemão surgiu. Segundo a visão dominante do BVerfG, as normas incriminadoras do discurso nazista são uma exceção à vedação da norma especial ou particular, exceção considerada imanente à própria Lei Fundamental.

Impende ressaltar que o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu

⁸⁷ O próprio fato histórico de que os seres humanos foram escolhidos de acordo com os critérios das chamadas “Leis de Nuremberg” e roubados de sua individualidade, com o objetivo de extermínio, coloca os judeus que vivem na República Federal em uma relação especial e pessoal com seus concidadãos; o que aconteceu [então] também está presente nesta relação hoje. É parte de sua autoimagem entender-se como parte do grupo de pessoas que se destacam em virtude de seu destino e, em relação a quem há uma responsabilidade moral especial da parte de todas as outras pessoas, e que é parte de sua dignidade. Respeito à autoimagem, para cada indivíduo, é uma das garantias contra a repetição desse tipo de discriminação e constitui uma condição básica de sua vida na República Federal. Quem quer que procure negar esses eventos nega a cada indivíduo o valor pessoal do povo judeu. Para a pessoa em causa, isso é continuar a discriminação contra o grupo ao qual ele pertence e, como parte do grupo, contra ele. (ROSENFELD, 2001, p. 43, tradução nossa).

algumas regras para o exercício da ponderação, aplicadas em *Auschwitz Lie*. De acordo com estas regras, a liberdade de opinião não é de modo algum sempre prioritária em relação à proteção da personalidade. Em vez disso, a proteção da personalidade prevalecerá, em regra, sobre a liberdade de opinião em relação a declarações de opinião que possam ser consideradas como “insulto” no sentido formal da lei criminal ou abuso. Ademais, a liberdade de expressão terá que ceder quando a expressão atingir a dignidade de outrem. As declarações de opinião que estão relacionadas com declarações de fato somente são protegidas conforme o conteúdo de verdade das premissas nas quais elas se baseiam. Se estes são provados falsos, a liberdade de opinião, como regra, cede lugar à proteção da personalidade. Em outros aspectos, o que importa, para a ponderação, é qual interesse legal merece a preferência no caso individual. Ao mesmo tempo, é preciso considerar que, em questões que afetam substancialmente o público, há uma presunção a favor da liberdade de expressão (BVerfGE 90, 241)⁸⁸.

No entanto, há um paradoxo no emprego do princípio da ponderação pelo Tribunal Constitucional alemão, uma vez que a ponderação sempre se resolve em prol dos valores comunitaristas⁸⁹. Destarte, quando o interesse é defender a dignidade e a honra em prol da democracia, como nos casos *Lüth e Tucholvisky II*, a ponderação se resolve em favor da liberdade de expressão. Porém, quando o discurso do ódio vulnera a democracia militante⁹⁰ e a integridade da comunidade, a ponderação resolve-se pela restrição à liberdade de expressão. Em que pese haja uma ponderação formal entre os bens jurídicos em colisão, a análise dos julgados aponta a prevalência da liberdade de expressão somente quando não há um ataque politicamente inaceitável à honra (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 129).

O caso “Soldados são assassinos” ou *Tucholvisky II* (BVerfGE 93, 266), não obstante semelhante ao caso *Auschwitz Lie* – discurso do ódio contra grupo, recebeu

⁸⁸ Conforme versão em inglês do caso *Auschwitz Lie* disponibilizado pela Universidade do Texas. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>. Acesso em: 24 jun. 2018

⁸⁹ Winfried Brugger (2008, p. 60) aponta a perspectiva comunitária do cidadão na Lei Fundamental de Bonn e da Corte Constitucional alemã, segundo a qual “A imagem do homem na Lei Fundamental não é aquela de um indivíduo isolado, soberano; pelo contrário, a Lei Fundamental optou em favor de uma relação entre o indivíduo e a comunidade no sentido de que aquele depende e deve se comprometer com esta, sem que haja violação de seus deveres individuais.” Entre os autores que tratam do discurso do ódio, Jeremy Waldron pode ser apontado como possuindo uma “visão comunitarista”. (CAVALCANTE FILHO, p. 74).

⁹⁰ É a rejeição da noção liberal de neutralidade estatal em favor de provisões que reflitam a necessidade de uma sociedade democrática de ser vigilante para proteger a si mesma e recusar-se a admitir que seus sistemas estabelecidos de direitos e liberdades sejam usados contra ela, em favor de agendas políticas teocráticas ou totalitárias. (EUROPEAN COMMISSION, p. 36-37, tradução nossa).

tratamento diverso do Tribunal Constitucional alemão. Trata-se de quatro casos julgados conjuntamente em que quatro réus, em situações diversas, utilizaram a expressão “Soldados são assassinos”, citação do escritor pacifista *Kurt Tucholsky*. O Tribunal Constitucional Federal considerou que as decisões dos Tribunais ordinários de condenação criminal por injúria, com fulcro no artigo 185 do Código Penal, deviam ser revogadas e os autos reenviados à origem, por entender que os Tribunais concederam uma interpretação excessivamente ampla ao dispositivo legal, de modo a violar o direito fundamental à liberdade de expressão. Frise-se que a decisão não foi unânime em relação a três das Reclamações (SCHWABER, p. 414-427).

Entendeu-se que os reclamantes não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinato no passado, mas um juízo de valor sobre a profissão de soldado, que em certas circunstâncias força ao homicídio. Na decisão, assentou-se, também, que o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento possui limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais para proteção da infância e juventude e no direito da honra pessoal. No entanto, tais limites não autorizam o legislador a restringir ao seu bel prazer a liberdade de expressão em favor da honra pessoal, devendo-se levar em consideração a importância axiológica do direito fundamental restringido e evitar limitações exageradas à liberdade de expressão (SCHWABER, p. 420-427).

Enquanto o caso *Auschwitz Lie* baseou-se no fundamento de que as opiniões revisionistas se tratavam de declarações sobre fatos e não sobre opiniões, além de inverídicas, constituindo um insulto aos judeus, não sendo protegidas pela liberdade de expressão, no caso dos “Soldados são assassinos”, os tribunais instanciais penais consideraram a expressão como sendo um juízo de valor, não uma afirmação de fatos, nem tampouco caracterizando um insulto coletivo. Trata-se de uma discriminação de ideias reforçada pelo Estado (HAUPT, 2005, p. 330)⁹¹. A opinião dos réus, malgrado não aceita, era considerada politicamente correta pela sociedade alemã; ofensiva aos soldados, mas não à sociedade alemã, o que confirma o caráter político da adoção de argumentos

⁹¹ “[...] thereason for the different results in the *Lüth* decision and the *Holocaust Denial* case, however, is that the “German government supported the views and attitudes espoused by Lüth and detests and opposes the views expressed by Mr. Irving and the NPD. It is a simple case of state-enforced viewpoint discrimination.” (HAUPT, 2005, p. 330). Traduzindo-se, tem-se que: “[...] a razão para os diferentes resultados na decisão do caso *Lüth* e do caso da Negação do Holocausto, no entanto, é que o “governo alemão apoiou as opiniões e atitudes defendidas por Lüth e detesta e se opõe às opiniões expressas pelo Sr. Irving e pelo NPD. É um caso simples de discriminação baseada no ponto de vista imposta pelo Estado.” (HAUPT, 2005, p. 330, tradução nossa).

contrários para bases fáticas semelhantes a *Auschwitz Lie* (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 138).

A trilhar entendimento semelhante, Brugger (2007, p. 133-136) aponta que, nos casos do Holocausto, a Corte Constitucional alemã afastou-se das doutrinas usuais da liberdade de expressão. Enquanto no Caso da Negação do Holocausto, a Corte esforçou-se muito para interpretar um pleito histórico como discurso punível, no Caso Soldados-são-Assassinos, a Corte trabalhou muito para encontrar uma interpretação em favor do discurso. Entende que a melhor explicação para o tratamento especial da negação do holocausto deve-se à singularidade do Holocausto na Alemanha e na história global. Outrossim, assevera que a ampla interpretação constitucional dada pela Corte à negação do Holocausto, bem como a utilização da lei penal como *ultima ratio* para reconhecer um destino histórico terrível, significou transformar uma obrigação moral em uma obrigação jurídica.

Lourenço Paiva Gabina (2015, p. 104) também destaca que o comportamento constitucional alemão a respeito do discurso do ódio, não obstante apresentado como diverso da posição americana, também desenvolveu uma relação conflituosa com o direito à liberdade de expressão, limitada por outros princípios relativos à proteção da personalidade humana e ao regime democrático. Enquanto no caso *Lüth*, garantiu-se a manifestação de boicote ao filme de Harlan, na decisão relativa à negação do Holocausto, restringiu-se a liberdade de expressão, demonstrando-se a incoerência entre as decisões. Trilhando o mesmo entendimento de Brugger, entende que a motivação que, de fato, orientava Tribunal Constitucional, era encobrir “o fantasma do nazismo e suas consequências para a nação alemã”, utilizando-se para tanto de teorias constitucionais amplamente utilizadas atualmente, como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a ponderação de princípios.

Claudia E. Haupt (2005, p. 316) compara a jurisprudência alemã e americana sobre o discurso do ódio e conclui que, na tradição americana, presume-se mais comumente que as boas ideias prevalecerão. Enquanto nos Estados Unidos, ressalta-se o efeito benéfico do discurso do ódio, como por exemplo, na luta pelos direitos civis, seu efeito prejudicial é o foco na Alemanha e na Europa, onde é vista primariamente como uma ferramenta de opressão. Como a desconfiança do governo prevalece nos Estados Unidos, uma mentalidade que não é comumente encontrada na Alemanha, há uma forte relutância em permitir a interferência do governo na escolha boas opiniões sobre as ruínas.

Assim, os tribunais americanos tendem a procurar uma questão de interesse público além do elemento de ódio, tendência que não se verifica na jurisprudência alemã.

Brugger (2007, p. 136) tece críticas ao sistema alemão, que ilustra a abordagem dos modernos sistemas constitucionais e do direito internacional no tocante à leitura expansiva da honra no direito alemão, conduzindo a limitações da liberdade de expressão bastante amplas. Outrossim, tece críticas à Corte Constitucional Federal por não examinar outros meios menos restritivos para preservar a memória do Holocausto e assegurar a paz e a segurança dos judeus na Alemanha (BRUGGER, 2007, p. 133). No entanto, não indica ou sugere quais outros meios menos restritivos seriam estes que não a vedação ao *hate speech*.

Para a regulação do discurso do ódio nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro, a abordagem alemã não fornece uma solução simples, viável e, de fato, já testada. A análise dos dois casos centrais de discurso de ódio na jurisprudência constitucional alemã moderna – o caso da Negação do Holocausto e o dos Soldados são Assassinos – destaca que a Corte Alemã está envolvida em um intrincada ponderação para a qual não encontrou uma solução universalmente aplicável que possa ser aplicada para resolver o dilema do discurso do ódio (HAUPT, 2005, p. 334-335).

Em que pese não forneça um modelo pronto para a legislação que regula o discurso do ódio no Brasil, a análise do tratamento do discurso do ódio na Alemanha aumenta a conscientização das dificuldades que envolve. Com efeito, a doutrina alemã será utilizada para analisar a possibilidade de regulamentação dos discurso do ódio nas redes sociais, bem como em que termos se daria eventual regulamentação.

3 REGULAMENTAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS

No presente capítulo, será analisada a possibilidade de regulamentação do discurso do ódio nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro, com esteio na Constituição pátria, nos instrumentos internacionais e na dimensão doutrinária e filosófica abordada nesta pesquisa.

Com esse desiderato, este capítulo versará sobre o discurso do ódio nas redes sociais no sistema internacional, especificamente a abordagem do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, através da análise do caso *Delfi AS vs. Estonia* (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 2015), bem como o tratamento brasileiro sobre o tema na jurisprudência, que ainda é controversa. Dada a falta de sistematicidade nos

julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de expressão, não se pode falar em sistema brasileiro, pelo que se utiliza, nesta dissertação, a nomenclatura “tratamento brasileiro”. Por fim, serão abordadas possíveis soluções para o Brasil no tocante aos parâmetros para regulamentação do discurso do ódio nas redes sociais, a legitimidade do controle legislativo e o seu papel de reduzir a discricionariedade judicial, sem menoscar o legítimo exercício da Justiça Constitucional na tutela dos direitos fundamentais.

3.1 SISTEMA INTERNACIONAL

A partir da Constituição de 1988, intensifica-se a interação do Direito Internacional e do direito interno. Nesse sentir, importa estudar o instituto jurídico do discurso do ódio à luz da internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito internacional (PIOVESAN, 2013, p. 76). É “nesse ‘condão de cosmopolitismo ético dos direitos humanos’ que exsurge o ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’”, de modo a “intensificar o processo de humanização do direito contemporâneo.” (SILVA; SILVA, 2014). Nesse sentir, é relevante compreender o Brasil como inserido no contexto internacional de proteção de direitos humanos, integrando o Sistema Interamericano, o qual, segundo Flávia Piovesan, consolida um constitucionalismo regional que tutela os direitos das populações da região (PIOVESAN, 2014, p. 83-84).

Em que pese não exista norma internacional a regulamentar o uso da liberdade comunicativa na era digital, conforme já exposto, há regulamentação acerca do discurso do ódio nos tratados internacionais.

Hodiernamente, as organizações internacionais de direitos humanos têm combatido o *hate speech*, lastreando-se em instrumentos internacionais, destacando-se a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O primeiro instrumento estabelece o firme compromisso dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos com a erradicação total e incondicional de todas as formas de discriminação e intolerância e, malgrado ainda não ratificada pelo Brasil, oferece parâmetros para o conceito jurídico de discurso do ódio, a proteção da igualdade material, da dignidade humana e do princípio da não discriminação. Ademais, estabelece, em seu artigo 4º, o compromisso dos Estados-parte de prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os

atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive a publicação, circulação ou difusão, por qualquer meio de comunicação, inclusive a *internet*, de qualquer material que defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância.

Já a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, estabelece o compromisso dos Estados Membros de adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a discriminação, ou quaisquer atos de ódio e de discriminação raciais inspirados em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais (ONU, 1965).

À luz desses instrumentos internacionais, impende ressaltar que os direitos humanos são interdependentes, interligados, indissociáveis e indispensáveis à preservação da dignidade da vida humana. Sob esse pressuposto, faz-se necessário promover proteção à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana no contexto democrático. A relevância para a legislação interna deriva da perspectiva do controle de convencionalidade⁹² e da importância do diálogo entre as jurisdições (PIOVESAN, 2012, p. 72). Outrossim, é relevante compreender o Brasil como inserido no contexto internacional de proteção de direitos humanos, integrando o Sistema Interamericano e tendo expressamente aceitado a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 10 de dezembro de 1998, numa perspectiva de diálogo das Cortes⁹³ (RAMOS, 2016, p. 347-352).

A Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial assinada pelo Brasil e ratificada com reservas⁹⁴, por sua vez, estabelece, em seu artigo 1º, o significado de discriminação racial para abarcar toda

⁹² Segundo lição de André Ramos Tavares, consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais, o qual pode ser realizado pelos órgãos internacionais compostos por julgadores independentes (autêntico) ou pelos juízes nacionais (provisório) (RAMOS, 2016, p. 427). O sistema interamericano, norteado pelo controle da convencionalidade, legitima suas decisões por meio do diálogo regional-local. A Corte Interamericana exerce o controle de convencionalidade na modalidade concentrada, enquanto os juízes e Corte nacional o exercem na modalidade difusa, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. (PIOVESAN, 2012, p. 220-221).

⁹³ O Diálogo das Cortes diz respeito à necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional, tendo em vista ambos os sistemas visarem o mesmo fim de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. (RAMOS, 2016, p. 349).

⁹⁴ Ratificado através do Decreto nº 65.810/69.

distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. O sentido de discriminação abrange também o discurso do ódio, porquanto o artigo 4º estabelece a condenação de toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais (ONU, 1969). O Comitê para a eliminação da Discriminação Racial, instituído em virtude do art.º 8.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições da Convenção, expediu em 2013 a Recomendação nº 35 sobre a luta contra o discurso de ódio racista, consignando, no artigo 5º, que a proteção das pessoas contra o discurso de ódio racista não implica uma simples oposição entre o direito à liberdade de expressão e a restrição de interesses de grupos protegidos. Isso porque indivíduos e grupos com direito à proteção da Convenção gozam do direito à liberdade de expressão e do direito à isenção de discriminação racial quando no exercício daquele direito. O discurso de ódio racista, no entanto, pode levar a silenciar a livre expressão de suas vítimas (ONU, 2013).

Na Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, conhecida como Declaração de Durban, expressiu-se profunda preocupação com a utilização das novas tecnologias da informação, como a *internet*, para fins contrários ao respeito pelos valores humanos, à igualdade, à não discriminação, ao respeito pelos outros e à tolerância, nomeadamente para propagar o racismo, o ódio racial, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância conexa e, em particular, pelo fato de as crianças e jovens que têm acesso a este material poderem ser negativamente influenciados por ele (ONU, 2001).

No Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, instou-se os Estados a aplicar sanções jurídicas, em conformidade com o direito internacional pertinente em matéria de direitos humanos, contra o incitamento ao ódio racial através das novas tecnologias da informação e comunicação, inclusive a *internet*, bem como a aplicar as disposições de todos os instrumentos de direitos humanos pertinentes de que sejam partes, em particular

a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na luta contra o racismo na *internet* (ONU, 2001).

Na Conferência de Revisão de Durban, realizada em 2009, em Genebra, a fim de avaliar o progresso na implementação das medidas da Declaração e do Programa de Ação de Durban, em reforço aos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político, foi resolvido plena e eficazmente proibir qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência, e para fazer cumprir esta disposição, adotar todas as medidas legislativas, normativas e judiciais que são necessárias (ONU, 2009).

Com o mesmo escopo, o Relatório Especial da ONU sobre as questões das minorias, que identifica e analisa os fatores que influenciam e perpetuam o discurso de ódio na mídia, insta os Estados a promulgar legislação que proíba qualquer expressão de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, hostilidade ou violência, de acordo com as disposições do artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e a adotar políticas e programas para evitar que o discurso de ódio provoque crimes motivados pelo preconceito (ONU, 2015).

Na mesma senda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, impõe aos Estados a obrigação de condenar e proibir qualquer ato discriminatório contra as mulheres e, embora não se refira especificamente ao tratamento a ser dado a discursos de ódio, permite o enquadramento dessas expressões discriminatórias em relação às mulheres (ONU, 1979).

No continente americano, o tratamento de questões relacionadas com a luta contra a discriminação e a intolerância aparece em seus textos fundadores: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos, Deveres do Homem e a Convenção. A Convenção Americana sobre Direitos atribui relevância à proibição de discriminação baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. As resoluções da Assembléia Geral desde 1994, assim como os instrumentos fundadores, visam a adoção de medidas eficazes para promover a tolerância e erradicação de práticas racistas e discriminatórias no domínio do sistema interamericano e instam os Estados a conceber e implementar políticas para prevenir e evitar qualquer forma de racismo, discriminação, xenofobia e intolerância (TORRES, TARRICO, 2019, p. 14-15).

Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entende que, embora o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹⁵ garanta o direito à livre expressão, esse direito não é absoluto, tendo em vista a existência de outros direitos igualmente garantidos pela Convenção. O Tribunal afirmou, em vários julgamentos, que tolerância e respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem um dos fundamentos de uma sociedade democrática e plural. Por conseguinte, “considera-se necessário que certas sociedades democráticas penalizem e inclusive proíbam todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou justificam ódio baseado em intolerância (incluindo intolerância religiosa).” (WEBER, 2009, p. 2, tradução nossa). No entanto, o Tribunal nunca elaborou uma definição precisa acerca do discurso do ódio. O Tribunal simplesmente se refere, em alguns de seus julgamentos, a “todas as formas de expressão que espalhe, incite, promova ou justifique o ódio com base na intolerância (incluindo a intolerância religiosa), sem se vincular à classificação dos tribunais nacionais.” (WEBER, 2009, p. 3, tradução nossa).

Anne Weber, em estudo da jurisprudência da Corte Europeia, descreve as situações contempladas pelo discurso do ódio: 1) incitamento ao ódio racial ou dirigido a pessoas ou grupos de pessoas segundo sua raça; 2) incitamento ao ódio em virtude da religião, baseado na distinção entre crentes e não-crentes; 3) incitamento a outras formas de ódio e intolerância com base em um ultranacionalismo agressivo e etnocêntrico (WEBER, 2009, p. 4, tradução nossa).

Para o Comitê dos Ministros do Conselho da Europa,

o discurso de ódio engloba todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância expressa por nacionalismo e etnocentrismo agressivo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem migrante. (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 143).

⁹⁵ “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.” (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Com o fim de orientar e coibir o uso de discurso de ódio, o Conselho Europeu lançou, em 2013, uma campanha denominada *No Hate Speech*, que pretende sensibilizar os cidadãos europeus para a crescente difusão de discurso de ódio *online*, particularmente através das redes sociais e outros *sites* de conteúdo criado pelos utilizadores (CONSELHO..., 2013). A campanha lastreia-se na ideia de que *sites* de acesso público constituem espaço público, em que devem vigorar o respeito pelos Direitos Humanos e uma cultura que fomente valores de tolerância e integração. Pontua-se que a *internet*, cuja presença é cada vez maior na vida das pessoas, é um espaço de criação e partilha livre de conteúdos onde a falta de monitorização pode levar a situações de abuso e violação de Direitos Humanos. Adverte-se que a divulgação nas redes sociais e outros *sites* de manifestações de discurso do ódio podem levar à naturalização desse tipo discurso. Em junho de 2016, a então Ministra alemã da Família, Manuela Schwesig, deu início à campanha na Alemanha. A campanha pontua que o direito de livre expressão do pensamento não é nenhuma carta branca para ofender outras pessoas, para perseguir minorias ou para conclamar ao ódio e à violência. Proclama que ódio não é opinião, mas utilizar palavras e imagens como armas. Através do instrumento do *counter speech* (objeção), os usuários podem emitir sinal importante e, com o teclado e seus pensamentos, criar um contrapeso para o ódio e a perseguição na rede *online*, de modo a demonstrar apoio às vítimas (DEUTSCHLAND, 2016). A campanha é, pois, sobre ter um comportamento responsável no ciberespaço, mas também sobre agir, aprender como denunciar discurso de ódio e difundir um discurso pelos direitos humanos.

3.1.1 Tribunal Europeu de Direitos Humanos

3.1.1.1 Estudo de caso *Delfi AS vs. Estonia*

Ao lidar com casos relativos a incitamento ao ódio e liberdade de expressão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem utiliza duas abordagens baseadas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem: a abordagem da exclusão da proteção da Convenção, conforme previsto no artigo 17, que trata da proibição de abuso de direito, aplicada para declarações que constituem discurso do ódio e negam os valores fundamentais da Convenção; e a abordagem de configuração de restrições à proteção, com fulcro no parágrafo 2^a do artigo 10 da Convenção. Essa segunda abordagem

é adotada quando o discurso em questão, malgrado seja discurso de ódio, não é capaz de destruir os valores fundamentais do Convenção (TEDH, 2015).

Em 16 de junho de 2015, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apreciou o caso *Delfi AS vs. Estonia* (TEDH, 2015) – o primeiro envolvendo a responsabilização de um portal de *internet* por comentários gerados por usuários, caracterizadores de manifestação do discurso do ódio. A empresa requerente, que administra um portal de notícias veiculado comercialmente, queixou-se de ter sido responsabilizada pelos tribunais nacionais pelos comentários ofensivos postados por seus leitores abaixo de um de seus artigos de notícias *online* sobre uma companhia de balsas. A pedido dos advogados da companhia de balsas, a empresa solicitante removeu os comentários ofensivos cerca de seis semanas após sua publicação. Nesse caso, a Corte considerou que não houve violação à liberdade de expressão assegurada pelo artigo 10 da Convenção. Primeiramente, observou as realidades conflitantes entre os benefícios da *internet* – notadamente a proporção sem precedentes fornecida à liberdade de expressão – e seus perigos, a saber, a possibilidade de o discurso de ódio ser disseminado ao redor do mundo em questão de segundos, permanecendo, por vezes, persistentemente disponível.

A Corte observou, ainda, que a natureza ilícita dos comentários em questão se baseava, obviamente, no fato de que a maioria consistia em um incitamento ao ódio ou à violência contra o proprietário da companhia de balsas. Em casos nos quais comentários de terceiros são feitos sob a forma de incitação ao ódio e de ameaças diretas à integridade física dos indivíduos, a Corte considerou que os direitos e interesses de outros e da sociedade como um todo implica responsabilização dos portais de notícias da *internet* que forneceram uma base comercial para comentários gerados por usuários sobre conteúdo publicado anteriormente, se eles não tomarem medidas para remover comentários claramente ilegais sem demora, mesmo sem notificação da suposta vítima ou de terceiros, nos termos do § 2º do artigo 10 da Convenção (TEDH, 2015).

Com base na avaliação do caso concreto, notadamente, a natureza extrema dos comentários; o fato de terem sido publicados em reação a um artigo publicado pela empresa requerente no seu portal de notícias, gerido comercialmente; a insuficiência das medidas tomadas pela empresa requerente para eliminar sem demora os comentários de publicação que resultam em incitação ao ódio e com o objetivo de assegurar uma perspectiva realista que demonstrasse a gravidade dos discursos proferidos, o Tribunal considerou que a determinação da responsabilidade dos Tribunais da Estônia

contra a empresa requerente foi uma restrição justificada e proporcional à liberdade de expressão do portal (TEDH, 2015).

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos manteve o acórdão do Supremo Tribunal da Estônia, que condenou o portal de notícias *Delfi* quanto à sua responsabilidade pelos comentários de seus leitores. Para o tribunal nacional, devidamente corroborado pela Corte internacional, não seria cabível a exclusão do portal de notícias quanto ao regime de responsabilidade prevista na Diretiva relativa ao comércio eletrônico nº 2000/31 (UNIÃO EUROPEIA, 2000) para intermediários de serviços.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o regime de exclusão de responsabilidade previsto na Diretiva de Comércio Eletrônico para os intermediários de serviços da sociedade da informação prevê que estes somente serão responsáveis, por ações de terceiros, na hipótese de não terem agido prontamente para retirar o conteúdo. Com efeito, para a sua responsabilização por conteúdo inserido por terceiros em ambientes virtuais, a responsabilização apenas ocorreria quando, após o conhecimento efetivo da ilegalidade do conteúdo, o intermediário do serviço não tiver agido prontamente para retirar ou impedir o acesso ao mesmo (TEDH, 2015).

E como se daria esse conhecimento efetivo da ilegalidade perpetrada? Propõe-se que ele ocorra através de dois meios: notificação do autor do discurso do ódio pelo próprio lesado, o detentor de direitos, identificando o conteúdo que infringiu direito e o autor da manifestação, ou por meio de uma comunicação de órgão competente independente, que identificasse a ilegalidade de algum conteúdo, como um órgão administrativo, tal como se dá, a título de exemplo com o PROCON em questões consumeristas. É inegável também que, após o provimento de uma eventual tutela provisória de urgência pelo Poder Judiciário, esse conhecimento se dará quando da ciência da decisão pelo administrador da plataforma da rede social.

Em contrapartida, os Tribunais nacionais e europeus entenderam que o portal de notícias *Delfi* não se qualificaria como intermediário dos serviços. Isso porque, embora a empresa não tivesse sido a autora dos comentários, não significava que ela não tivesse controle sobre o meio ambiente virtual em que eles foram proferidos. Sua atividade própria iria além de um simples intermediário de serviços, uma vez que não seria apenas um prestador de serviços passivo e de caráter puramente técnico, ante seu evidente poder de controle sobre o portal e os comentários (TEDH, 2015).

A consequência desse entendimento dos Tribunais é que aos portais de notícias impõe-se a responsabilidade do tipo culpa *in vigilando*, de modo que os *sites* podem ser responsabilizados pelos comentários dos leitores, ainda que não tenham recebido uma notificação de retirada do comentários ilegal (TEDH, 2015). Como não houve menção às redes sociais, entende-se que o precedente também se aplica a elas, uma vez que *Facebook, Instagram, Whatsapp*, dentre outros têm amplo controle do meio ambiente virtual, não prestando apenas serviços de caráter técnico. Essa prática já é corrente pelos administradores das plataformas das redes sociais como política interna⁹⁶, através de marcadores, com base em regras próprias das empresas, às quais se adere por ocasião do ingresso, o que seria transformado em uma pauta legislativa. É o que já ocorre, por exemplo, com o *YouTube*, que em junho do corrente ano, passou a derrubar vídeos que glorifiquem ou promovam discursos de ódio ou violentos, a exemplo daqueles que incitam racismo e outros tipos de discriminação. Essa conduta faz parte da política interna da empresa, que proíbe de forma específica os vídeos que aleguem que um grupo é superior para justificar a discriminação, segregação, ou exclusão baseada na idade, gênero, raça, casta, religião, ou orientação sexual (SOARES, 2019).

É importante destacar que o fato de o portal *Delfi* ter um sistema de detecção e remoção de conteúdo ilegal, como inúmeros sítios eletrônicos no Brasil o têm, assim como um sistema automático de exclusão de tais conteúdos não o eximiu de qualquer responsabilidade. O fato de a empresa também afirmar total isenção pelos comentários dos leitores também não a isenta de responsabilização, ante o amplo controle que as empresas têm pelo conteúdo veiculado nos portais.

No caso em particular, um aspecto importante para a conclusão da Corte Europeia de Direitos Humanos foi que a empresa permitia comentários em seu *site* sem registrar seus nomes e as medidas para sua identificação não eram seguras:

⁹⁶ Ocorre que, não obstante os mecanismos adotados pelas redes sociais por meio dos quais consegue detectar temáticas sensíveis, ainda não são adotadas medidas eficazes pelas plataformas de redes sociais em algumas temáticas, tais como o discurso de ódio contra as mulheres. Diante da insuficiência de medidas adotadas pelo *Facebook* nos casos de misoginia, no bojo do processo nº 5038706-31.2019.4.02.5101, a Juíza Federal da 27ª Vara Seção Judiciária do Rio de Janeiro deferiu liminar requerida pelo Ministério Público Federal para determinar que o *Facebook* adotasse, no território brasileiro, método de controle de padrão internacional para garantir a exclusão de conteúdo de intolerância, ódio e violência contra a mulher, "por meio de fiscalização automática da rede por inteligência artificial e revisores de conteúdo, para garantir a exclusão tanto dos tópicos divulgados por meio da sua rede social quanto do usuário que as veicular". (BRASIL, SJRJ, 2019).

The applicant company owned one of the largest Internet news portals in Estonia. On its website, readers could anonymously and without prior registration post comments below the published articles. Although the applicant company could not edit or moderate such comments, it could remove them using a prior automatic-word filtering system or on being alerted by readers.⁹⁷ (TEDH, 2015).

Dessa forma, os portais de notícias da *internet* têm responsabilidade quanto aos comentários publicados pelos seus leitores, devendo excluir de *sponte propria* ações ofensivas e ilegais, uma vez que eles são diretamente responsáveis por tais manifestações. Os Tribunais consideraram a reprimenda aplicada aos *sites* de notícias uma restrição proporcional à sua liberdade de expressão.

Conclui-se, portanto, que os comentários expostos em portais e redes sociais, como acima exposto, devem ser acompanhados pelos mesmos, desde o momento em que foram publicados, de modo a ser possível sua desativação desde o início da ofensa perpetrada.

3.2 TRATAMENTO BRASILEIRO

3.2.1 Jurisprudência

Muito embora o discurso do ódio nas redes sociais traga inúmeros questionamentos em âmbito internacional, bem como em sede doutrinária, esta pesquisa não encontrou decisões recorrentes na jurisprudência brasileira sobre o tema. Isso pode ter ocorrido por algum erro de indexação, quando da formatação do acórdão, ou pelo fato de as decisões terem permanecido em primeiro grau de jurisdição, sem a interposição de recurso. Essa é a razão pela qual somente se apresentam os três acórdãos a seguir.

A doutrina costuma apontar o julgamento do HC 82.424-2 como exemplo de jurisprudência de discurso de ódio. No referido *habeas corpus*, houve a condenação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., pelo crime de racismo em virtude de ter sido autor de obras com conteúdo racista, antissemita e discriminatório. Não obstante seja um caso paradigmático na jurisprudência

⁹⁷ A empresa solicitante possuía um dos maiores portais de notícias da *internet* na Estônia. Em seu *site*, os leitores poderiam anonimamente e sem registro prévio postar comentários abaixo dos artigos publicados. Embora a empresa solicitante não pudesse editar ou moderar tais comentários, ela poderia removê-los usando um sistema de filtragem de palavras automáticas anterior ou ser alertado pelos leitores. (TEDH, 2015, tradução nossa).

do Supremo, no qual se decidiu que a liberdade de expressão não albergaria manifestações de cunho antissemita, ele não será analisado na presente pesquisa, uma vez que não tratou do discurso de ódio nas redes sociais.

Assim, este tópico apenas irá se ater à jurisprudência no que tange à profusão de discursos do ódio em sede de redes sociais, muito embora não encontremos em nossa legislação um tipo penal que utilize a terminologia “discurso do ódio” (SILVA; SANTOS, 2018, p. 64). Um caso emblemático foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2011, na apelação 20050110767016, quando o TJDFT reformou sentença que absolveu indivíduo quanto ao crime de racismo.

No caso em questão, o acusado fez críticas ao sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília, por meio da extinta rede social *Orkut*, utilizando-se de palavras e expressões explicitamente ofensivas a pessoas negras, consoante se extrai do relatório da sentença de primeiro grau:

[...] infelizmente em universidade pública não dá camarada, pra branco passar precisa tirar 200, e pros macacos passarem eh soh tirar – [menos] 200 [...] esses pretos vão eh estragar a universidade pública mais do que já estragaram... não sabem nem escrever... [...] agora vem com esse negócio de cotas.. quer dizer que agora vcs querem justificar a cor pra culpar a gente do fracasso de vcs.

[...] Os caras [os adeptos do nazismo] pelo menos pagam pau pros europeus que são uma das nações mais desenvolvidas do mundo e Adolf Hitler, que sem dúvida foi um grande homem pra história e pro seu país pq queiram ou não, o cara tirou a Alemanha da miséria. E vcs [negros], ficam aí pagando pau da África, aquele bando de macacos subdesenvolvidos, querendo atribuir valor a essa “cultura” negra que só tem músicas sem sentido e toscas que não fazem mais que promover orgias sexuais.

[...] até me dá vontade de virar um skin-head também (...) só acho que eles [skin-heads] tão perdendo tempo pq vcs macacos vão acabar na prisão mesmo [...] preto no céu é urubu, preto correndo é ladrão, preto parado é bosta. Qual a diferença entre o preto e o câncer (?) R: o câncer evolui! [...] vou jogar a real pra vcs, seus macacos burros [...] vão estudar sua cambada de vagabundo [...] já não basta preto roubando dinheiro [...] agora ele também rouba vaga nas universidades [...] o que mais vai roubar depois? (BRASIL, TJDFT, 2009).

Muito embora o evidente teor grosseiro e agressivo por parte do acusado, em suas manifestações em redes sociais, que demonstrariam a dupla face do discurso do ódio – o insulto e a incitação, a sentença de primeiro grau absolveu o réu, por entender não constituir infração penal o fato alegado pelo Ministério Público (BRASIL, TJDFT, 2009).

Após a interposição de apelação, em sede de contrarrazões, o acusado sustentou o teor meramente crítico das manifestações publicadas na rede social quanto ao sistema de cotas adotado pela UnB. Alegou, ainda, que as expressões adotadas em relação ao critério racial basearam-se, tão-somente, em *animus jocandi* para, ao fim, ressaltar que elas teriam se tornado mais agressivas somente ao final, quando o acusado passou a se defender de provocações advindas de outros internautas.

O acórdão, por sua vez, acolheu as razões apresentadas pelo Ministério Público e enquadrou a conduta do acusado no crime de racismo, previsto no artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89. O Desembargador relator fundamentou seu voto, acompanhado pela unanimidade da Câmara Criminal, na análise das colocações virtuais do réu. Para o relator, não obstante o acusado tivesse com o objetivo inicial de criticar o sistema de cotas universitárias instituído na Universidade de Brasília, suas manifestações foram desvirtuadas, de forma livre e consciente, para o fim de promover preconceito contra o negro e sua cultura (BRASIL, TJDFT, 2009).

O acórdão sustenta a condenação, outrossim, no precedente do STF, o já mencionado HC 82.424-2, no qual a Suprema Corte decidiu que o direito à liberdade de expressão não abrange a prática de ilícitos ou de outras formas de violação à dignidade da pessoa humana. Com efeito, excessos, como as expressões acima colacionadas, são passíveis de responsabilização civil e penal, uma vez que:

[...] a Constituição Federal apresenta expressa vedação ao racismo (art. 5º, XLII, CF) e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Subjaz a esse entendimento, ademais do valor de cada pessoa por sua qualidade intrínseca de ser humano – dimensão ontológica da dignidade –, o dever geral de respeito exigido por conta desse atributo – dimensão intersubjetiva da dignidade –, não sendo toleradas quaisquer ações que, sob o estandarte da liberdade de expressão, impliquem a desvalorização de determinado grupo social. (BRASIL, TJDFT, 2009).

Em análise desse julgado, Rosane Leal da Silva e demais autores também entendem que, na situação descrita, estariam presentes o insulto e a incitação. Quanto ao insulto, o acusado teria despedido

[...] a coletividade negra de sua dignidade, começando pela maneira como se refere a eles: “macacos”. Não reconheceu o negro como sujeito igual a ele. Subestimou sua capacidade intelectual, tratando-o como analfabeto ou, no mínimo, intelectualmente menos capaz que o branco. Desrespeitou a cultura negra, referindo-se a ela como algo puramente

animalesco, de menor valor, se comparada à europeia. Desses elementos tem-se a discriminação. (SILVA; NICHEL; MARTINS; BORCHARDT, 2011, p. 461).

Já no que tange à incitação, as autoras sustentam que o acusado teria utilizado uma forma de raciocínio própria para a obtenção de seguidores, por meio da criação de uma imagem de opositor, o que facilitaria a identificação das pessoas contra as cotas para negros adotada pela UnB:

Do ponto de vista da incitação, percebe-se que [...] utilizou certa lógica persuasiva (deturpada, mas ainda assim, lógica) em suas estruturas discursivas. Baseando-se no tema das cotas em universidades públicas, Marcelo construiu uma situação de antagonismo entre o negro, considerado “ladrão de vagas universitárias”, ingressante sem qualquer mérito ou capacidade, e o branco, vítima das novas medidas de ingresso, que deve sempre contar com seus próprios e esmerados esforços para atingir o ensino superior. (SILVA; NICHEL; MARTINS; BORCHARDT, 2011, p. 460).

Por fim, ressalte-se que o acusado fez amplo uso de estereótipos contra as pessoas negras, bem como adota nomes pejorativos para denominar tais cidadãos, com o fim de despertar simpatia de seus seguidores. Nesse sentido, ele abusa da analogia entre pessoas negras e criminosas, além de se utilizar de apelos emocionais na sua retórica.

Já em relação à jurisprudência do STF quanto ao discurso do ódio nas redes sociais, esta pesquisa selecionou dois acórdãos para análise: o HC 109676 e a Rcl 11292.

O primeiro julgado trata-se de *habeas corpus* que procurava afastar a condenação do paciente no crime previsto no artigo 140 § 3º, do Código Penal (Crime de Injúria, consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência), sob o argumento da inconstitucionalidade do referido artigo.

Consta do acórdão que o paciente teria chamado o Desembargador Luiz Zveiter de “judeu de merda” em manifestação veiculada na *internet*, por meio do portal da Loja Maçônica presidida pelo desembargador. Muito embora a questão do discurso do ódio não tenha sido abordada a fundo pelo acórdão, para a análise acerca da liberdade de expressão em meio virtual, a Turma expressamente dispôs que existem limites constitucionais para a liberdade de expressão, sendo vedado o discurso de ódio em meio digital:

[...] o legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia interracial, com repúdio ao discurso de ódio. (BRASIL, STF, 2013).

Já na Reclamação 11292, o reclamante objetivava a cassação de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por violação ao entendimento firmado na ADPF 130. O reclamante teria denunciado maus-tratos em animais em rodeios por meio de seu site na *internet*. O Tribunal de Justiça estadual vedou que o reclamante veiculasse, inclusive pela rede mundial de computadores, eventuais maus-tratos ou tortura de animais na Festa de Boiadeiro de Barretos, o que, para o reclamante, equivaleria à censura prévia.

O STF, no voto do Relator Joaquim Barbosa, manifestou-se no sentido de que o acórdão estadual violaria a decisão da ADPF 130. Não obstante o Supremo não trate, como no exemplo anterior, com profundidade da questão do discurso do ódio, sustentou que, em hipótese de *hate speech*, o que não ocorreria no caso em análise, cabe ao Estado e ao Judiciário proscriver e limitar o discurso do ódio. Assim, ao deferir a liminar e suspender a decisão do TJSP, assim se manifestou: “salvo raríssimas exceções – penso, por exemplo, na proibição do discurso do ódio existente em várias democracias – não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões” (BRASIL, STF, 2011).

Da análise das jurisprudências acostadas, mesmo diante de poucos acórdãos paradigma, constata-se uma tendência dos tribunais pátrios de não admitir o discurso do ódio em sede de redes sociais. Isso se evidencia pela condenação do acusado pelas manifestações racistas no *Orkut* pelo TJDF, pela manutenção da condenação pelo STF no HC 109676, bem como pela orientação manifestada, na Reclamação 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio.

Quanto a esses posicionamentos, a doutrina sustenta haver uma tendência do STF em seguir o sistema alemão, ao invés do americano, quanto ao discurso do ódio:

[...] uma inclinação do STF, nos casos relacionados ao discurso de ódio, de seguir as normativas internacionais, de inspiração europeia, que se aproximam da Teoria Democrática acerca da liberdade de expressão, protegendo-se a dignidade da pessoa humana, afastando-se, desse modo, das orientações da Suprema Corte Norte Americana, de concepção libertária, orientação essa seguida quando da decisão da ADPF 130. (NAPOLITANO; STROPPA, 2017, p. 315).

Evidenciada, pela jurisprudência, a necessidade de responsabilização em relação à divulgação de discursos de ódio em redes sociais, a decisão do Ministro Joaquim Barbosa mostra um caminho possível para a solução quanto à proliferação de *hate speech* na *web*: o controle dos discursos de ódio em redes sociais por meio do Estado e do Poder Judiciário, que será tratado no próximo tópico.

3.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O BRASIL

3.3.1 Legitimidade dos controles legislativo, judicial e administrativo

O discurso do ódio vulnera dignidade da pessoa humana, de modo a alterar o próprio *status social* da pessoa, além de impossibilitar a participação de espaços públicos e democráticos de discussão. Em uma sociedade em que o discurso do ódio é aceito invocando a democracia, minorias podem sentir-se constrangidas de ir à escola, caso não se trate de uma escola segregada, de falar em público ou até mesmo andar na rua, a não ser no gueto. Por conseguinte, ao invés de assegurar espaços públicos e democráticos de discussão, o discurso do ódio obsta às suas vítimas o acesso a tais espaços.

Destarte, o debate acerca do discurso do ódio ultrapassa o sentimento emocional e estado psicológico de suas vítimas. Trata-se da privação de direitos dos membros de minorias historicamente excluídas, o que pode gerar o silêncio e acuamento de seus titulares ou uma reação violenta, em uma cadeia circular. Nesse sentir, faz-se necessário compreender que a liberdade de expressão “não “pertence” somente ao indivíduo, mas se produz coletivamente” (SARLET; MOLINARO, 2012, p. 40), tendo em vista a imediata ressonância social da manifestação do pensamento, que invade e ocupa a esfera do outro. O discurso do ódio não constitui, portanto, exercício legítimo da liberdade de expressão. Ao contrário, o discurso do ódio traz em si ideologias destrutivas da liberdade e igualdade, dentre as quais se destaca o racismo (PAULA, 2009, p. 521).

Dessa forma, o debate sobre a regulamentação e, até mesmo, a eventual possibilidade de algum controle sobre discursos de ódio em redes sociais é uma constante em países desenvolvidos, como visto acima. A lei alemã que regulamenta o controle de discursos de ódio em redes sociais não é a única tendência mundial.

Mais recentemente, o empresário Mark Zuckerberg, criador do *facebook*, em um recente artigo⁹⁸, suscitou a necessidade de maior controle dos países quanto ao conteúdo que circula nas redes sociais. Ele conclamou os Estados a adotarem uma postura mais “ativa” na regulação da *internet* e instou que os demais países adotem regras para proteger os usuários a exemplo do que foi realizado pela União Europeia, por meio da lei de controle de dados pessoais, como a seguir se explicitará.

Interessante notar que essa é uma notável mudança de postura por parte do *facebook*, uma vez que ele e os demais gigantes da *web* por muito tempo resistiram a qualquer espécie de controle em sua atuação e suscitavam a impossibilidade de serem responsabilizados em eventuais discursos de ódio proferidos nas respectivas redes sociais. Quanto ao tema, em artigo publicado pelo *Washington Post*, ele asseverou:

I believe we need a more active role for governments and regulators. By updating the rules for the Internet, we can preserve what’s best about it – the freedom for people to express themselves and for entrepreneurs to build new things – while also protecting society from broader harms.⁹⁹ (ZUCKERBERG, 2019, p. 3).

O criador e presidente do *facebook* sustenta a necessidade de alterações em quatro áreas, as quais demandariam uma urgente regulamentação: conteúdo prejudicial, que abrange o discurso de ódio, proteção de interferência em eleições, privacidade e portabilidade de dados. Nesse sentido, ele sustentou apoiar a adoção por parte dos governos de regras como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (GDPR). Essa regulamentação europeia confere aos reguladores a possibilidade de sancionar empresas e agentes que não cumpram os padrões de segurança estabelecidos ao processar informação pessoal.

⁹⁸ Artigo publicado no *Washington Post* em que analisa a possibilidade de controle da *internet* em algumas áreas.

⁹⁹ Acredito que necessitamos um papel mais ativo dos governos e dos reguladores. Ao atualizar as regras para a Internet podemos preservar o melhor da rede – a liberdade das pessoas para se expressar e dos empreendedores para criar coisas novas – enquanto ao mesmo tempo protegemos a sociedade de um dano maior. (ZUCKERBERG, 2019, p. 3, tradução nossa).

Iremos no ater, essencialmente, à questão do discurso do ódio em redes sociais, uma vez que é o tema central dessa pesquisa. Quanto a essa questão específica, ele reconheceu que as redes sociais devem responsabilizadas quanto ao conteúdo prejudicial: “*internet companies should be accountable for enforcing standards on harmful content*¹⁰⁰” (ZUCKERBERG, 2019, p. 2). Reconhecendo essa possibilidade de responsabilização, ele sugere como essa regulamentação governamental iria funcionar:

One idea is for third-party bodies to set standards governing the distribution of harmful content and to measure companies against those standards. Regulation could set baselines for what’s prohibited and require companies to build systems for keeping harmful content to a bare minimum.¹⁰¹ (ZUCKERBERG, 2019, p. 2).

Destarte, ele sugere a criação de um órgão de controle semelhante ao modelo europeu e, agora, brasileiro de controle de dados. Para Mark Zuckerberg (2009, p. 2), assim como a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) desempenhará funções, quando de sua implementação, de fiscalizar o tratamento de dados por empresas, aplicar sanções por infrações e criar normas e diretrizes para o uso das informações pessoais, é necessário que sejam criados órgãos que definam padrões quanto à distribuição de conteúdo nocivo em redes sociais e avaliem as empresas quanto ao material não retirado da *web*. Nesse sentido, resta evidente que um dos conteúdos ofensivos mais aviltantes à dignidade pessoa humana é o discurso do ódio em redes sociais. Dessa forma, um órgão independente deve definir, em concreto, o que seria a base do que seria proibido e funcionar como meio coercitivo para as empresas retirarem o mais rapidamente possível os conteúdos prejudiciais.

Assim, ele sustenta que essa regulamentação é necessária para a própria continuidade dos serviços prestados, ao definir de forma cristalina a responsabilidade de cada um dos envolvidos na divulgação de discursos de ódio nas redes sociais – pessoas envolvidas, empresas que veiculam e governo:

The rules governing the Internet allowed a generation of entrepreneurs to build services that changed the world and created a lot of value in

¹⁰⁰ As empresas de *internet* devem ser responsáveis por impor padrões em conteúdo prejudicial. (ZUCKERBERG, 2019, p. 2, tradução nossa).

¹⁰¹ Uma ideia é que um terceiro independente defina padrões que governem a distribuição de conteúdo nocivo e avaliem as empresas em relação a esses padrões. A regulamentação pode definir linhas de base para o que é proibido e exigir que as empresas criem sistemas para manter o conteúdo prejudicial no mínimo. (ZUCKERBERG, 2019, p. 2, tradução nossa).

people's lives. It's time to update these rules to define clear responsibilities for people, companies and governments going forward.¹⁰² (ZUCKERBERG, 2019, p.3).

Com efeito, os próprios gerenciadores das ferramentas utilizadas nas redes sociais *on line* entendem ser necessária a regulamentação de discursos de ódio proferidos em redes sociais. Assim, o Estado Democrático de Direito não pode simplesmente entregar ao abandono os indivíduos que possuem sua *conditio* humana minimizada em razão do discurso do ódio. Na democracia contemporânea que se afirma em sua pluralidade, a tolerância significa respeito à alteridade e à personalidade do ofendido. Por conseguinte, o discurso do ódio deve ensejar responsabilização, na medida em que tende a inviabilizar o caráter comunicativo da liberdade de expressão, de modo a excluir o exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 345-346). É o que lecionam Ingo Sarlet e Carlos Molinaro:

Não se negligenciam os limites que dizem com a responsabilização dos que utilizam a liberdade de expressão como instrumento de incitação ao ódio, para o ultraje à honra, ou mesmo para insultar os sentimentos e as crenças de uma dada coletividade, pois, se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a própria afronta aos princípios fundamentais e democráticos do Estado Democrático, justamente os princípios que asseguram e legitimam o caráter fundamental da liberdade de expressão. (SARLET; MOLINARO, 2012, p. 40).

Quanto a esse tema, o próprio inventor da *World Wide Web*, Tim Berners-Lee, em recente entrevista alusiva aos 30 (trinta) anos da *internet*, explicitou sua preocupação, uma vez que sua criação, apesar de ter mudado a história do mundo, passou a trazer enormes riscos, por meio de *hacking* patrocinado por Estados, difusão de discursos de ódio e desinformação. Diante dessa situação, ele defende uma refundação da *internet*: muito embora ela deva continuar aberta e livre, com base em princípios, sustenta que governos passem a respeitar a privacidade de cidadãos, empresas lutem contra o uso de tecnologia para violar direitos das pessoas, inclusive quanto ao cometimento de crimes. Assim, não obstante as redes sociais sejam um espelho da sociedade, seria evidente que

¹⁰² As regras que governam a *internet* permitiram a uma geração de empreendedores construir serviços que mudaram o mundo e geraram um grande valor na vida das pessoas. É hora de atualizar estas regras para definir responsabilidades claras para as pessoas, companhias e governos no futuro. (ZUCKERBERG, 2019, p. 3, tradução nossa).

um novo código sobre as mesmas deveria ser adotado e regulamentado (CHADE, 2019, p. 2).

Na era sociedade em rede, o discurso do ódio nas redes sociais deve ser regulamentado na legislação pátria a fim resguardar no meio ambiente digital os direitos humanos da vítima, em prol da democracia, e da segurança jurídica, no contexto internacional de direitos humanos, resguardando no meio ambiente digital os mesmos direitos que os cidadãos têm *offline*, sobretudo diante da possibilidade de prejuízos em escala mundial, as dificuldades maiores no tocante ao anonimato e à investigação da autoria. Conforme pontua Lucas Gonçalves da Silva, a abrangência ilimitada e maciça influência exercida pelos meios de comunicação na atual sociedade, potencializada pela explosão tecnológica, demonstram a imperiosa necessidade de tratamentos legislativos para solucionar os inevitáveis conflitos que diuturnamente se apresentam e se qualificam na medida em que tanto a comunicação como a proteção dos direitos da personalidade humana constituem garantias fundamentais (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 162).

A regulamentação das restrições aos discursos do ódio assegurará que a intolerância não abale os princípios e valores democráticos, em prol dos direitos humanos das vítimas alvo de tais discursos. Como assevera José Emilio Medauar Ommati, o discurso que comprovadamente fere a igualdade e liberdade das categorias às quais se refere “deve ser proibido e o proferidor responsabilizado, por não ter tratado a todos com a mesma consideração e respeito, requisito mínimo para que a parceria democrática continue” (OMMATI, 2005, p. 15). Como leciona Sandra Martini (2006, p. 124), com lastro em Eligio Resta, existe uma grande diferença entre ser homem e ter humanidade. Direitos humanos são o lugar a responsabilidade. Com efeito, faz-se necessário colocar-se no lugar do outro, enxergando-o como um outro eu, como propõe o doutrinador italiano.

É mister trazer também a dimensão filosófica, já exposta, ao debate, a fim de proporcionar padrões claros e coesos dos limites ao direito fundamental à liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio nas redes sociais.

Do debate filosófico exposto, conclui-se que a regulação do discurso do ódio deve ser objetiva, não levando em consideração os sentimentos da vítima, culminando por proteger o indivíduo contra a indignidade e não contra ofensas (WALDRON, 2012, p. 106). Evita-se, assim, o caráter subjetivista e psicologizante associados à punição de expressões “ofensivas” (SILVA, 2015, p. 51). Como pontua Waldron (2012, p. 39), a questão são os danos causados a indivíduos e grupos através da

desfiguração do nosso ambiente social por publicações, anúncios visíveis, públicos e semipermanentes, no sentido de que, na opinião de um grupo da comunidade, talvez a maioria, membros de outro grupo não são dignos de igual cidadania.

Considerando que o objetivo das manifestações de discurso do ódio é comprometer a dignidade daqueles a quem se destina, tanto aos seus próprios olhos como aos olhos de outros membros da sociedade, associando características descritivas como etnia, raça ou religião com condutas ou atributos que devem desqualificar alguém de ser tratado como um membro regular da sociedade, faz-se necessária proteção contra o discurso do ódio e intolerância não somente através de educação pública, como também através de leis a fim de proteger a dignidade de que todos humanos se revestem.

Conforme pontua Waldron, a restrição da intolerância pelas leis contra discursos de ódio promove um ganho maior para a democracia, para seus valores e para suas práticas do que a aceitação da intolerância. Com efeito, a regulação deixa de ser um mal necessário para se erigir em verdadeira condição necessária da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos (FISS, 2005, p. 6-7).

Por outro lado, como pontua Dworkin, os juízes não podem interpretar os dispositivos morais abstratos como juízo particular que lhe pareça correto, “a menos que esse juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominante seguida por outros juízes no passado.” (DWORKIN, 2006b, p. 15).

Nesse diapasão, traz-se à lume a indagação: qual seria a solução, no ordenamento jurídico brasileiro, para o discurso do ódio nas redes sociais no que se refere ao controle legislativo e judicial? Objetiva-se, a seguir, desvelar este questionamento.

3.3.2 Controles legislativo e administrativo

Como resposta à indagação acima, propõe-se uma regulamentação legislativa geral do discurso do ódio nas redes sociais, o que não prescinde da interpretação e concretização judicial.

Quanto à regulamentação, “É necessário que as fronteiras fixadas com base neles sejam gerais e abstratas, de modo a propiciar o livre debate de ideais e fomentar o debate plural e democrático” (COSTA NETO, 2014, p. 65). Outrossim, quanto mais privada for a esfera regulada pela lei, tanto maior deverá ser a justificativa dessa regulação (COSTA NETO, 2017, p. 279).

A regulamentação legislativa faz-se necessária a fim de reduzir os riscos advindos do ativismo judicial no que tange ao discurso do ódio, especialmente nas redes sociais. O Estado não pode se omitir diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas, as quais são, na grande maioria das vezes, sujeitos a uma maior vulnerabilidade (SILVA; SANTOS, 2018, p. 74). Por conseguinte, a solução não seria apenas a educação dos autores do discurso do ódio, mas deve envolver a proteção da minoria agredida e subjugada pela maioria.

O caso *Ellwanger* é típico caso de precedente de postura ativista do Supremo Tribunal Federal. Ante a participação ativa do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, no processo político, subjacente ao neoconstitucionalismo, o magistrado tende a moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito, apontando a existência de uma espécie de poder constituinte permanente (SARMENTO, 2009, p. 12). Verifica-se um excesso de discricionariedade judicial e questiona-se a legitimidade de certas intervenções da Justiça Constitucional.

Por conseguinte, faz-se necessária a existência de lei regulamentadora das limitações ao discurso do ódio, a fim de não as deixar ao exclusivo alvedrio do juiz constitucional, baseado apenas no método da ponderação, com esteio exclusivo no princípio da proporcionalidade, que, malgrado ofereça vantagens estruturais, não é o único método para dirimir as questões envolvendo a liberdade de expressão (MACEDO JÚNIOR, 2017).

Destarte, a neutralidade estatal não deve ser absoluta, do que decorre a importância da tutela dos direitos fundamentais contra abusos das majorias transitórias. Nesse sentido, os direitos fundamentais, requisito essencial de toda constituição democrática, funcionam como proteção da minoria e asseguram legitimidade até àquele que não partilha da convicção política, religiosa ou nacional da maioria (COSTA NETO, 2014, p. 68). As leis contra discursos de ódio, ao restringirem a intolerância, promovem um ganho maior para a democracia, para seus valores e para suas práticas, do que a aceitação da intolerância (WALDRON, 2012, p. 33).

A respeito da necessária intervenção estatal na seara da liberdade de expressão, Lucas Gonçalves da Silva adverte que uma completa omissão do Estado pode significar a exclusão de grupos sociais, econômica e politicamente hipossuficientes da discussão pública ou ainda a manipulação dessa discussão, de modo a impedir a manifestação de esferas comunicativas plurais. Confira-se excerto da obra:

Evidentemente que qualquer intervenção estatal deverá observar as circunstâncias que envolvem a forma de governo, o grau de estabilidade política, o avanço tecnológico, o nível de riqueza, cultura e educação de uma dada sociedade, bem como o campo de utilização da liberdade de expressão, sob pena de potencializar o totalitarismo e o controle das manifestações discursivas da sociedade civil.

Mas por outro lado, uma completa omissão do Estado pode significar a exclusão de grupos sociais, econômica e politicamente hipossuficientes da discussão pública, ou pior, a manipulação dessa discussão por grupos que concentram a propriedade e formam monopólios ou oligopólios dos sistemas de mídia, impedindo a manifestação de esferas comunicativas plurais e comprometendo a qualidade de representação das vozes públicas.

Renunciar essa discussão implica dizer que, inobstante reconhecer-se na opinião pública a base da legitimidade democrática e a fonte da agenda estatal sobre os problemas que afetam à sociedade em seu conjunto, não importa em que condições reais ocorre sua formação, o que ignora os postulados mais recentes acerca do contexto ideal do processo de comunicação pública, segundo a ética do discurso e a racionalidade da formação da vontade, enquanto condições indispensáveis para o assentimento motivado do indivíduo. (SILVA; CERQUEIRA, 2015, p. 174-175).

No que tange à necessidade de aplicação de medidas administrativas e judiciais por parte do Estado em relação aos discursos de ódio nas redes sociais, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (RELE-OEA), assim se manifesta quantos aos recursos judiciais e penalidades civis – indenizações pecuniárias e não pecuniárias, retificação e resposta – e medidas administrativas que poderiam ser implementadas para combater o discurso de ódio:

Las expresiones que abiertamente denigran, estigmatizan o discriminan a personas o grupos de personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género actuales o percibidas, que no alcancen el umbral de apología del odio que constituya incitación a la violencia ilegal de conformidad con el artículo 13.5 de la Convención Americana (discursos de odio) pueden ser sometidas a la imposición de sanciones ulteriores de naturaleza civil o administrativa, o a recursos como el derecho a la rectificación y la réplica. No obstante, la CIDH y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión subrayan que las sanciones no pueden estar dirigidas a inhibir o restringir la diseminación de ideas o información sobre asuntos de interés público. (RELE-OEA, 2015, p. 3).¹⁰³

¹⁰³ Expressões que abertamente denigram, estigmatizem ou discriminem pessoas ou grupos de pessoas com base na sua orientação sexual atual ou percebida ou identidade de gênero, que não atinjam o limite de incitação ao ódio que constitui incitamento à violência ilegal, de acordo com o artigo 13.5 da Convenção Americana (discurso de ódio), podem estar sujeitas à imposição de sanções subsequentes de natureza civil

Com efeito, para a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da OEA, apenas por meio de uma abordagem abrangente, que vai além das medidas legais, administrativas e judiciais, é que o discurso do ódio será combatido de modo eficaz. Assim, necessária se faz a adoção de mecanismos preventivos e educacionais, de modo a incentivar o desenvolvimento de uma sociedade baseada nos princípios de diversidade, pluralismo e tolerância (RELE-OEA, 2015, p. 3). As medidas administrativas, assim como apontadas nesse tópico, seriam complementares às educacionais e atuariam de modo repressivo às situações de violações à dignidade humana já ocorridas nas redes sociais.

Quanto ao tema, Samantha Ribeiro (2009, p. 229), muito embora seja contrária às medidas de Estados europeus no tocante à limitação da liberdade de expressão, reconhece que uma das soluções possíveis para a resolução da questão do discurso do ódio passaria pela regulação estatal. Ela sustenta que o fundamento dessa regulação estatal “encontra respaldo no poder de polícia que o mesmo usufrui e que deve ser utilizado para promover o bem público. O Estado atuaria aqui para defender o interesse da minoria e que não tem condições de se defender por si mesma” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 231-232).

A regulamentação legislativa não afasta, contudo, a necessidade de o Estado estabelecer e desenvolver políticas públicas com o fito de dotar o grupo minoritário de melhores condições para expor suas ideias e argumentos e assim poder participar efetivamente do debate público em igualdade de condições com os demais (MEYER-PFLUG, 2009, p. 231). Se, por um lado, a liberdade de expressão é um direito contra o governo, por outro, é, um direito ao patrocínio e incentivo do governo à fala (ROSENFELD, 2001, p. 38). Por conseguinte, cabe ao Estado promover o igualitário acesso ao debate público e o incentivo à fala dos grupos alvo do discurso de ódio. Isso para que “o espaço virtual não seja a mera reprodução das mazelas existentes na vida real, mas possibilite a qualificação do debate – e não apenas a manipulação da opinião pública.” (LIMBERGER; BUNCHAFT, 2016, p. 863).

ou administrativa, ou a recursos como o direito de retificação e resposta. No entanto, a CIDH e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão ressaltam que as sanções não podem ser destinadas a inibir ou restringir a divulgação de ideias ou informações sobre questões de interesse público. (RELE-OEA, 2015, p. 3, tradução nossa).

Como pontua Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza, democracia, cidadania e educação são processos sociais previstos na Constituição, em que estão asseguradas a inclusão social e a igualdade para todos e, portanto, é necessária a intervenção do Estado como garantidor desses direitos (SOUZA, 2017, p. 43-44). Ademais, é cediço que a sociedade brasileira é desconhecadora de seus direitos (SOUZA, 2015, p. 346), pelo que se faz necessário o papel indutor do Estado na promoção dos direitos humanos e na formação de um “cidadão consciente” (SOUZA, 2015, p. 355).

Frise-se que a discussão sobre a interferência do Estado destinada à garantia e promoção da própria liberdade de expressão de atores sociais que quase se encontram excluídos do debate público não pode ser interditada pela sempre invocada ameaça de censura (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 172).

Acerca da censura, Jónatas Machado distingue os conceitos formal/restrito e amplo. O conceito tradicional e formal de censura se identifica com a censura prévia, designando “violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controlo prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa”, de modo que outras limitações à liberdade de expressão em sentido amplo integrariam a “reserva de restrição” (MACHADO, 2002, p. 490-491). O conceito amplo de censura diz respeito a “todas as violações à liberdade de expressão que não tenham por fundamento uma ponderação e harmonização de bens realizada de maneira constitucionalmente saudável, à margem de critérios políticos e orientada pela igual liberdade dos cidadãos” (MACHADO, 2002, p. 491). Diante deste debate doutrinário, a proteção de certos bens jurídicos, tais como segredo de Estado, segredo de justiça, proteção da honra, do bom nome e da reputação, da reserva da intimidade e da vida privada, tutela da infância e juventude, impõe limitações às liberdades de comunicação que, de acordo com a primeira concepção, nada tem a ver com o conceito de censura, enquanto, de acordo com a segunda, nada tem de diferente materialmente do exercício da censura.

Entende-se, na linha propugnada por Jónatas Machado, que mais relevante do que diferenciar os conceitos de censura, restrição ou violação das liberdades comunicativas, “é identificar, de forma constitucionalmente correcta, os valores com base os quais é legítimo, ou não, proceder à restrição e quais os limites formais e materiais que a Constituição impõe a essas mesma restrições.” (MACHADO, 2002, p. 491). Na construção de uma teoria sistemática às restrições à liberdade de expressão, é relevante a “percepção do alcance normativo do princípio democrático, tanto do ponto de vista da

legitimação das restrições operadas de acordo com as regras da maioria, como do da proteção devida ao direito das minorias.”(MACHADO, 2002, p. 496).

A fim de desvelar o aparente paradoxo entre ter o Estado, as leis e a opinião pública como ameaça potencial à plena vigência da liberdade de expressão e, concomitantemente, concebê-los como reguladores do exercício da liberdade privada, impende invocar, como faz Lucas Gonçalves da Silva (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 172-173), doutrina de Owen Fiss no sentido de estruturar a questão da regulação estatal da incitação do discurso do ódio. Deve-se compreender esta regulação não como um conflito entre os valores transcendentes da igualdade e liberdade, mas ver estas regulações como promovendo e não limitando a liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 45-46). Esse paradigma transformaria o aparente conflito entre liberdade e igualdade em um conflito entre “liberdade e liberdade”. Essa proposta não implica solucionar todas as controvérsias que envolvem o discurso do ódio, sobretudo considerando que o discurso de ódio representa “a mais difícil questão de liberdade de expressão de todos os tempos” (HAUPT, 2005, p. 335). No entanto, coloca as escolhas dentro de “uma matriz comum”, “uma discordância entre pessoas bem esclarecidas trabalhando para alcançar um propósito comum: a liberdade de expressão.” (FISS, 2005, p. 46).

Outrossim, a regulamentação do discurso do ódio implica analisar o indivíduo ou grupo envolvido, a matéria tratada, onde e em que circunstâncias o discurso do ódio ocorre (ROSENFELD, 2001, p. 9). Propõe-se que, com inspiração no sistema americano, no contexto do discurso do ódio nas redes sociais, a liberdade de expressão esteja sujeita à proteção distinta conforme o campo de incidência: campo político e esfera pública; esfera privada e não-política, âmbito comercial, conferindo-se maior proteção à liberdade de expressão no campo do discurso político. Isso, porém, não significa transpor soluções jurídicas alienígenas, porquanto a solução mais adequada ao caso concreto varia segundo a cultura jurídica de cada país (LUNA; SANTOS, 2014, p. 233).

Nesse caso, questiona-se se seria possível a exclusão de mensagens nas redes sociais de discurso do ódio identificadas pelas empresas administradoras de *sites* e redes sociais, antes do devido processo legal. Por outro lado, é evidente que a exclusão após manifestação do Judiciário tornaria inócua a medida, em virtude da velocidade e alcance da disseminação das informações nas redes sociais. Essa a razão porque é urgente a necessidade de regulamentação legislativa dos discursos de ódio promovidos em redes sociais, tal qual se deu na Alemanha. Em muitas situações, a exclusão da mensagem pelo

Judiciário, em razão da demora inerente ao processo judicial, não é suficiente em virtude da velocidade de distribuição e compartilhamento no meio digital.

Quanto ao tema, é importante destacar iniciativa brasileira destinada a coibir a propagação de preconceito e discriminação nas redes sociais. Foi apresentado um Projeto de Lei no Senado (PLS 323/2017), que mais tarde veio a ser estranhamente arquivado a pedido do próprio senador proponente, o qual intentava alterar o Marco Civil da Internet e responsabilizava subsidiariamente o provedor que não retirasse o conteúdo discriminador gerado pelos usuários, após o recebimento da notificação. Quanto a essa responsabilização do provedor, Têmis Limberger (2018, p. 219) destaca que a atual legislação do Marco Civil da Internet acabou por burocratizar a celeridade da via administrativa que acontecia até então, uma vez que o provedor apenas será responsabilizado quando não cumprir a ordem judicial de retirada dos dados.

A proposta de alteração legislativa, que pode ser consultada como anexo desta pesquisa, previa que os provedores dispunham de 24 horas para retirar o conteúdo preconceituoso ou discriminatório a partir de notificação de usuários, sendo esta uma indisponibilização de conteúdo cautelar. Para tanto, os legitimados para requerer essa medida, como pessoas prejudicadas, ofendidos, Ministério Público ou Defensoria Pública, deveriam indicar elementos que permitissem a identificação específica do conteúdo apontado como fomentador de ódio.

Esse projeto de Lei ampliava o alcance do artigo 21 do Marco Civil da Internet, em sua atual redação, que prevê a responsabilização subsidiária do provedor quando este deixar de atender a notificação para tornar indisponível o conteúdo que violasse a intimidade das pessoas, para também incluir os discursos de ódio nas redes sociais. Era uma tentativa de impedir que as redes sociais continuassem a ser utilizadas como veículos de disseminação do *hate speech*, sem mecanismos de defesa por parte das vítimas e de responsabilização dos infratores.

Interessante notar que o então projeto de lei previa a responsabilidade subsidiária do provedor, bem como a aplicação de uma multa que poderia ser até de 5% (cinco por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício financeiro.

Nesse diapasão, como o referido projeto de Lei foi arquivado, ante a necessidade de edição de uma lei regulamentadora de discurso de ódio em redes sociais, busca-se na experiência estrangeira um paradigma de regulamentação geral, com o fito de conciliar a manutenção da liberdade de expressão na rede com a necessária atuação

rápida e eficiente em casos de violação dos direitos dos usuários. Importa também uma legislação que fixe parâmetros do que seria discurso de ódio, uma vez que, como já visto, ao deixar livremente ao Poder Judiciário este mister, podemos chegar a conclusões distintas em virtude de aplicações equivocadas do princípio da proporcionalidade. Objetiva-se, assim, assegurar maiores níveis de segurança jurídica na aplicação das normas que dispõem sobre o discurso do ódio.

Com efeito, surge como interessante a solução alemã para a questão. Mas esta pesquisa pretende ir além da solução apontada e busca, como indicado pelo próprio Mark Zuckerberg, um exemplo que deu certo quanto ao tratamento europeu dos dados pessoais: a criação de um órgão regulador após a edição de uma lei geral sobre o tema.

Explico melhor. Um dos grandes problemas mundiais, especialmente em decorrência da sociedade em rede, é a questão da privacidade. Os dados pessoais, muito embora isoladamente pouco digam a respeito de um indivíduo, quando armazenados em bancos de dados, fornecem um completo perfil da pessoa. Dessa forma, surgiram diversos problemas em relação à privacidade na sociedade em rede, especialmente quanto à autonomia informacional reconhecida a cada indivíduo.

Quanto a essa questão, Stefano Rodotà esclarece que a União Europeia tem buscado enfrentar essas situações de conflito com base na dignidade da pessoa humana, que inaugura sua Carta de Direitos Fundamentais¹⁰⁴, e na liberdade pessoal: “(...) a Diretiva Europeia n. 95/46/CE determinou que os diversos países elaborassem princípios e regras para a proteção dos dados pessoais, restringindo a atuação dos órgãos e/ou entidades na coleta de dados privados” (RODOTÀ, 2008, p. 9).

Nesse sentido, foram editadas legislações em diversos países a fim de regular o controle dos dados pessoais dos indivíduos, sobretudo em redes sociais, como *facebook*, *instagram*, *whatsapp*, garantindo-se ao titular das informações um maior controle. É nesse contexto que se encontra a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do direito brasileiro, Lei 13.709/2018, que tomou como base a *General Data Protection Regulation – GDPR* (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Importante ressaltar que a lei europeia entrou em eficácia plena em 25 de maio de 2018, ocasionando a necessidade de adequação das diversas redes sociais ao seu teor, o que, inclusive, gerou reflexos no Brasil, devido ao fato de vivermos na sociedade em rede, globalizada, e também pela natureza

¹⁰⁴ Artigo 1º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

transnacional das empresas. Haja vista os dados circularem livremente, para além das fronteiras dos países, o GDPR é aplicável no âmbito da União Europeia e a outros países, ainda que não comunitários, desde que afetem os dados de cidadãos ou empresa estabelecida na União Europeia (LIMBERGER; SANTANNA, 2018, p. 216).

Um ponto a ser destacado entre as legislações ao redor do mundo, inclusive a brasileira, é a existência de uma Autoridade Central, responsável por aplicar e fiscalizar o quanto determinado na legislação. Devido à especificidade e complexidade do tema, não se cuidou de todos os possíveis casos a envolverem o tema nas legislações de regência, até pela impossibilidade de a legislação acompanhar as inovações tecnológicas, criando-se um órgão a fim de assegurar a correta aplicação da legislação sobre a questão, de forma coordenada, a fim de prevenir e reprimir abusos.

Esse órgão, a exemplo do que ocorre nas Agências Reguladoras em nível nacional, ou, até mesmo, do Procon (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), cuida de promover fiscalização. No caso da LGPD, esse órgão central de controle é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, sendo um dos principais vetores da legislação da proteção de dados, uma vez que objetiva a fiscalização quanto ao tratamento de dados pessoais, constituindo-se, em sua previsão legal na origem posteriormente vetada pela Presidência da República¹⁰⁵ – em uma agência reguladora independente: “um organismo independente responsável por vários aspectos da aplicação e implementação da lei” (DONEDA, 2018, p. 3). Esse órgão não constitui órgão de censura, porquanto visa fiscalizar o cumprimento de exclusão de conteúdo em caso de notificação do usuário ofendido, quando da inércia do provedor, além de cobrar eventual multa administrativa em razão de descumprimento.

Frise-se que este órgão administrativo não realizará censura, haja vista as disposições constitucionais e internacionais que a vedam. Seu papel circunscreve-se à fiscalização da retirada de conteúdo de *hate speech* já publicado nas redes sociais, cuja disseminação ocorre em segundos, sobretudo quando realizada pelos *digital influencers*, a fim de arrefecer os efeitos deletérios aos direitos fundamentais das vítimas do discurso de ódio, bem como aplicação de sanções pecuniárias já previstas na legislação tal como a multa administrativa prevista no Projeto de Lei do Senado nº 323/2017, de acordo com

¹⁰⁵ A medida provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados como órgão da administração pública federal diretamente ligado à Presidência da República, conforme artigo 55-A do referido ato normativo, diversamente da previsão legal vetada em que teria natureza jurídica de órgão da administração indireta.

critérios técnicos e procedimentos estritamente definidos. Isso não exclui, porém, a possibilidade de apreciação judicial posterior, sobretudo considerado o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A regulamentação da retirada de conteúdo protege, ainda, usuários, provedores de conexão e redes sociais contra a censura privada¹⁰⁶, quando as regras são ditadas pelos agentes que dominam a infraestrutura da *internet*. Além disso, esta proposta coaduna-se com diversos instrumentos internacionais supramencionados, destinados a combater a discriminação, inclusive o discurso do ódio.

A necessidade de regulamentação legislativa do discurso do ódio em redes sociais revela-se necessária, bem como a criação de uma Autoridade Central de fiscalização, pois, tal qual ocorreu quanto ao controle de dados pessoais, essa regulamentação representará uma postura conciliatória entre a competitividade das empresas e dos agentes econômicos com o reforço da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Nesse contexto, em um cenário de crescente interação virtual, pode ser considerado um marco para a cidadania de direitos, conceito que “se modificou com o mundo globalizado e precisa ser revisto, para democratizar os direitos humanos.” (LIMBERGER, 2013, p. 216).

Quanto à necessidade de um órgão central e independente, Danilo Doneda sustenta:

[...] a existência de uma Autoridade que atue de forma coordenada para prevenir e reprimir abusos, fiscalizando e tutelando tratamentos de dados de inteiras coletividades é fundamental para diminuir a distância abissal entre o cidadão e os entes que tratam seus dados, evitando que sejam abertas demandas individuais pelo caminho geralmente longo (e custoso) da via judicial. (DONEDA, 2018, p. 2).

Esse, então, seria o mister da criação de um órgão central para a fiscalização do discurso do ódio nas redes sociais. Ora, a questão do *hate speech* na *web*, assim como o tratamento de dados pessoais, é uma atividade intelectual bastante complexa, razão pela qual deve ser orientada e fiscalizada por uma autoridade nacional

¹⁰⁶ A censura privada é aquela imposta por entidades privadas recorrendo a pressões econômicas e mecanismos de direito civil, comercial, laboral, entre outros. Conforme lição de Jónatas Machado (2002, p. 494), “Actualmente, as empresas privadas de elevada dimensão, não apenas da imprensa e da comunicação social, são vistas como censores potenciais, na medida em que, além do mais, contribuem através da publicidade comercial para o financiamento dos meios de comunicação.”. O potencial restritivo da censura privada não pode ser subestimado no que se refere ao impacto sobre a esfera do discurso público. (MACHADO, 2002, p. 494).

especializada. Com efeito, é necessário que se confira tal responsabilidade a uma entidade independente e com *expertise* sobre o tema, especialmente devido às dificuldades inerentes a essa espécie de controle.

É por meio da criação desse órgão central em relação aos discursos de ódio nas redes sociais que vai se evitar a pulverização da fiscalização, bem como será possível que se proponham orientações de interpretação sobre o que seria, no caso concreto, um discurso de ódio na *web*.

Assim, apenas criar uma legislação de controle do discurso do ódio nas redes sociais, prevendo-se a aplicação de sanções administrativas, sem identificar um órgão específico para aplicá-las é, com certeza, uma porta aberta para a imposição de sanções injustas, sem qualquer parâmetro.

Nesse sentido, a Autoridade Central quanto a questões de discurso de ódio em redes sociais seria um órgão independente com função de fiscalizar as previsões legislativas relativas à proteção da pessoa humana no que tange ao discurso de ódio em redes sociais, assim como aplicar sanções e multas, unificando entendimentos quanto à aplicação da lei, no caso de violação, descumprimento ou inobservância da legislação, cuja promulgação se defende.

Destarte, tal qual ocorreu na questão dos dados pessoais para a preservação de direitos fundamentais, revela-se imprescindível a criação de uma legislação eficiente de forma a acompanhar, ainda que com certo atraso, todas as transformações que a evolução tecnológica tem nos ofertado. Nesse sentido, a edição de uma legislação, após amplo debate na mídia e por nossos congressistas, com conteúdo que apresente parâmetros para se identificar e punir os discursos de ódio nas redes sociais, por meio da criação de um órgão de controle, o qual aplique multas e promova uma correta fiscalização, é necessária para o respeito aos direitos fundamentais das diversas vítimas de *hate speech* nas redes sociais.

É importante ressaltar que, a partir desta pesquisa, entende-se que a necessidade de edição de uma lei para um controle administrativo/legislativo não deve conter conteúdo penal, uma vez que a legislação que ora se menciona apenas disciplinaria os âmbitos civil e administrativo da responsabilização pelo *hate speech*, dada a proteção já conferida na seara penal pela legislação existente. Conforme recomendado pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), por meio da Recomendação nº 35 sobre a luta contra o discurso de ódio racista, a criminalização das formas de expressão racista deve ser reservada para os casos mais graves, que podem ser provados para além

da dúvida razoável, enquanto os casos menos graves devem ser tratados por outros meios distintos do direito penal, entre outros aspectos, de acordo com a natureza e a extensão das repercussões para os indivíduos e grupos-alvo (ONU, 2013). A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) do Conselho da Europa, por sua vez, através Recomendação de Política Geral n.º 15 de 2016 (CONSEIL DE L'EUROPE, 2016), propõe a aplicação gradual das medidas necessárias. Em particular, propõe que a proibição criminal não seja primeira medida a combater o uso do discurso de ódio, de modo a respeitar os direitos de liberdade de expressão e associação, pontuando também que, para erradicar este discurso de maneira definitiva, é importante determinar as condições que os propiciam e combater energicamente seu uso.

Malgrado o discurso de ódio não guarde correspondência com o *nomen juris* de nenhum tipo penal específico, há quem sustente a existência, no direito penal brasileiro, de um microssistema penal do discurso do ódio, consubstanciado pelos delitos de ódio-centrais: o crime capitulado no artigo 140, 3º, do CP e o crime de preconceito previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89; e os delitos de ódio-periféricos, de caráter residual, aos quais são reconduzidos os tipos penais na ausência de adequação típica específica, quais sejam, incitação/induzimento ao preconceito-extermínio, inclusive a incitação ao genocídio, incitação ao terrorismo e a incitação ou apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal (MEDRADO, 2018, p. 74-99). Outrossim, a lei dos crimes de racismo já prevê o tipo penal em que os crimes de incitar ou induzir discriminação ou preconceito são cometidos por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, o que engloba as hipóteses em que o discurso de ódio é proferido nas plataformas das redes sociais, que nada mais são do que meios de comunicação social digital. Desta forma, o discurso do ódio consubstancia fenômeno subsumível, em tese, a diversas infrações penais. No entanto, a sistematização de um microssistema penal do discurso do ódio não constitui objeto da presente pesquisa¹⁰⁷.

3.3.3 Controle judicial

Muito embora, conforme explicitado, o controle legislativo seja necessário para incrementar os níveis de segurança jurídica e previsibilidade no manejo dos casos que envolvem o discurso do ódio, a Justiça Constitucional deve ser entendida

¹⁰⁷ Cf. MEDRADO, 2018.

não como contradição da democracia, mas como garante dela, em especial no tocante à defesa dos direitos fundamentais. Assim, mantém-se a possibilidade de controle jurisdicional. Nesse sentido, a própria Constituição, no artigo 5º, XXXV, assegura o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com efeito, será por meio do controle judicial que os indivíduos ingressarão com demandas pleiteando reparação de danos, nas hipóteses de exercício arbitrário das liberdades constitucionalmente asseguradas aos cidadãos. Nesse sentido, “nenhum direito [...] é absoluto. Importante frisar que, quando do exercício dessas liberdades, se faz necessária a observância dos requisitos legais do interesse comum, e a abstenção da prática de atos lesivos aos direitos de outrem.” (SILVA, 2011, p. 298).

Ademais, esta proposta de regulamentação harmoniza o controle judicial de direitos fundamentais com a garantia dos valores do Estado Democrático de Direito, numa perspectiva de respeito à normatividade da Constituição. Nesse sentir, “[...] não se pode aceitar mais a discricionariedade e o desrespeito à Constituição Federal, texto normativo que merece ser levado a sério, sob pena de subsidiar o ativismo e o processo de diminuição dos demais poderes da federação.” (LIMBERGER; NOGUEIRA, 2017, p. 282).

O tratamento do discurso do ódio constitucionalmente adequado, no contexto da liberdade de expressão, é, portanto, “o que ressalta a impossibilidade de haver censura prévia, responsabilizando-se, porém, o autor do discurso pelos abusos que cometer” (PAULA, 2009, p. 521). Nesse sentido, encontra-se a garantia constitucional de acesso à Justiça para as vítimas alvo de discurso do ódio nas redes sociais.

Nesta perspectiva, a liberdade de expressão não pode ser compreendida como “espaço privado da opinião, protegido da intervenção ou regulação estatal, alçado como um direito hierarquicamente superior e incondicionado, exercido no chamado “livre mercado de ideias” imune à regulação da democracia [...]” (SILVA; CERQUEIRA, 2014, p. 173).

A proteção da liberdade de expressão justifica-se pelos fundamentos de caráter instrumental e pelos do tipo deontológico. A força da proteção à liberdade de expressão e a intensidade do respectivo controle judicial devem variar conforme haja mais ou menos motivos para garantir esse direito fundamental (COSTA NETO, 2017, p. 267).

Não obstante o direito à liberdade de expressão deva ser protegido, é possível, em hipóteses absolutamente excepcionais, restrições ao exercício desse direito fundamental (SARMENTO, 2013, p. 252-258), como se dá diante da proteção de direitos

ou bens jurídicos contrapostos. Daí porque a doutrina defende a necessidade de estabelecimento de critérios legais e jurisprudenciais para o exercício do direito à liberdade de expressão em harmonia com os outros direitos fundamentais, sem menosprezar o papel fundamental que a dignidade da pessoa ocupa em nosso sistema jurídico (ROBL; SARLET, p. 129). Desse modo, é importante que o mundo virtual tenha sua normatização, conforme assevera Têmis Limberger:

[...] o desafio consiste em pensar a internet como novo espaço virtual, fazendo com que sirva para qualificar a democracia, mantendo-se a liberdade, mas regulando alguns aspectos, para que não se tenha um *far west* informático. (LIMBERGER; BUNCHAFT, 2016, p. 863).

Na ADPF 130, o STF decidiu que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, visto que os limites existentes seriam apenas aqueles já constantes do texto constitucional.

Entretanto, da mesma forma como decidiu na Reclamação 11292, já apresentada nesse capítulo, o STF, em unanimidade no Plenário virtual, mitigou a orientação da ADPF 130, admitindo, ao menos em princípio, outras intervenções restritivas à liberdade de expressão além daquelas expressamente previstas na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, colaciono decisão proferida no RE 662.055:

A questão constitucional em exame consiste em definir os limites da liberdade de expressão, ainda que do seu exercício possa resultar relevante prejuízo comercial, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas que lhe possam ser legitimamente impostas. (BRASIL, STF, 2015).

Nesse sentido, o controle judicial do discurso do ódio em redes sociais por parte do Poder Judiciário não se constitui em censura, mas sim em atuação a fim de se reprimir atividades ilícitas:

Censura é a restrição indevida da consciência cívica, que, pela sua extraordinária capacidade de interação, verdadeiro espetáculo da evolução humana, é irrestringível. Cancelar o que é ilícito, no entanto, não ofende o valor relevante da liberdade de pensamento e de comunicação; pelo contrário, consagra a sua eficácia. (ZULIANI, 2007, p. 54).

Essa é a grande diferença entre a atuação judicial que impediu a divulgação de notícias, no âmbito do Inquérito 4781, instaurado no âmbito do STF¹⁰⁸, em mídia impressa e digital e a que ora se propõe. No primeiro caso, não há qualquer atividade ilícita praticada pelos veículos de mídia, que apenas se limitaram a reportar conteúdo inserido em delação premiada. Já na regulamentação que se propõe, não se trata de censura, haja vista se configurar exercício abusivo do direito à liberdade de expressão, consubstanciado no discurso de ódio.

Ora, quando o exercício do direito viola o direito de outrem, o que encontramos é uma situação de abuso, ilícita, de ausência do direito alegado (BAHIA, 2006, p. 464). Com efeito, o Poder Judiciário não pode se furtar em situações como essas, em que a liberdade de expressão é utilizada como manto de proteção para a realização de atividades ilícitas, como ocorre em relação ao *hate speech* proferido em sede de redes sociais.

No entanto, a jurisprudência brasileira a respeito da liberdade de expressão e, especificamente no âmbito do discurso do ódio, reflete a falta de um padrão objetivo e claro a nortear as decisões. Destarte, pertinente é a crítica de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017, p. 281) no sentido de que as decisões judiciais são *ad hoc*, uma mera expressão dos preconceitos ideológicos que guiaram as preferências do juiz, malgrado algumas citações da teoria da ponderação, apelos ao princípio da dignidade humana e doutrinas fabulosas possam servir como um disfarce para a mera discricionariedade. Assim, não se pode pretender transpor, de maneira acrítica, teorias que não se desenvolveram sob o prisma jurídico nacional, tais como a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy, sem observar as diferenças culturais e políticas para implantação e uso dessas teorias (LIMBERGER; NOGUEIRA, 2017, p. 268).

Destarte, apesar de a liberdade de expressão constituir verdadeira pedra angular do sistema democrático, bem como se revelar como elemento essencial para a própria formação da consciência e da vontade popular, constituindo-se, ainda, instrumento de controle do próprio governo, não se lhe pode conferir absoluta primazia no contexto de uma sociedade pluralista. É necessário que seu exercício não se dê de

¹⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal instaurou, com ampla discussão na mídia e na academia, de ofício, inquérito para investigar supostas *fake news* quanto a seus membros. No bojo desse procedimento, proferiu-se decisão, mais adiante revogada, que determinou a proibição de veiculação de notícia tanto em meios físicos como digitais em relação a delação premiada que envolveria Ministro da Corte.

forma abusiva, mas atente para a igualdade e dignidade humana. Nesse sentido, a Constituição Federal veda a censura, mas não impede a responsabilização penal ou civil em caso de exercício abusivo da liberdade de expressão, como ocorre no discurso do ódio (CRUZ, 2010, p. 419).

Neste ponto, ainda cabe recordar que, no “caso Ellwanger”, o entendimento firmado pela Suprema Corte foi pela prevalência da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas em relação ao exercício abusivo da liberdade de expressão. Isso em uma tentativa de coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória (MOURA, 2016, p. 1475)

Assim, resta cristalino ser possível ao Poder Judiciário a responsabilização por condutas que violem a dignidade dos indivíduos, como se dá nas hipóteses de discurso do ódio.

De fato, se considerarmos democracia nos termos dos padrões liberais burgueses, a liberdade de expressão seria exercida em sua plenitude somente se o fosse com caráter absoluto, de modo a compreender as manifestações de discurso de ódio. Ocorre que, ao observarmos a democracia contemporânea, que se manifesta em sua pluralidade e na tolerância ao outro, o discurso do ódio não pode ser aceito uma vez que, além de violar os direitos da personalidade, dignidade e respeito à alteridade do ofendido, objetiva a exclusão do próprio exercício da cidadania, o que acaba por comprometer a própria democracia (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 345-346).

Segundo José Emílio Medauar Ommati, a Constituição de 1988, ao proibir o racismo, não pretendeu proibir o discurso de ódio, enquanto discurso prévio. O escopo da Constituição foi proibir discursos racistas depois de publicamente proferidos, ou seja, quando comprovado publicamente que houve a prática do racismo, de modo a não inviabilizar a liberdade de expressão. Com efeito, nas redes sociais, deve-se aguardar que sejam publicadas nas plataformas digitais as manifestações de racismo e de outras práticas caracterizadoras do discurso do ódio.

É cediço que não existe *hard case* que possa ser resolvido algoritmicamente. É impossível responder matematicamente a qualquer grande dilema (COSTA NETO, 2017, p. 20). No âmbito da liberdade de expressão, em especial o tema sensível que a envolve, qual seja, discurso do ódio nas redes sociais, devem-se evitar decisionismos. Com efeito, faz-se necessário adotar critérios, uma fórmula “não algorítmica” para “combater a tentação de sobrepor interesses coletivos aos direitos fundamentais previstos na Constituição.” (COSTA NETO, 2017, p. 20).

Malgrado não devamos esquecer o potencial opressivo do Estado, deve-se, ao mesmo tempo, contemplar a possibilidade de o Estado usar seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 60).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso do ódio vulnera a dignidade da pessoa humana, de modo a alterar o próprio *status social* da pessoa, além de impossibilitar a participação de espaços públicos e democráticos de discussão. Gize-se que o debate acerca do discurso do ódio ultrapassa o sentimento emocional e estado psicológico de suas vítimas. Na perspectiva do código binário do direito, o discurso do ódio não constitui exercício legítimo da liberdade de expressão, mas sim ilícito. Trata-se da privação de direitos dos membros de minorias historicamente excluídas, o que pode gerar o silêncio e acuamento de seus titulares ou uma reação violenta, em uma cadeia circular. Esse fato ganha especial relevância diante da exclusão digital, na era da sociedade em rede e do mundo globalizado, em que o discurso de ódio se espalha quase instantaneamente pelo mundo.

À luz da Constituição pátria e dos instrumentos internacionais de direitos humanos elencados, a falta de regulamentação, no ordenamento jurídico brasileiro, do discurso do ódio nas redes sociais, dos direitos e deveres dos usuários e mecanismos da atuação do Estado constitui violação, por omissão, dos direitos humanos, especialmente os comunicativos.

Por conseguinte, deve-se repensar o papel do Estado na garantia da liberdade de expressão com o escopo de promover objetivos que se situam no cerne de uma sociedade democrática – igualdade, não-discriminação e a própria liberdade de expressão. Considerando a velocidade com que o *hate speech* é disseminado pelas redes sociais, somado à falta de fronteiras temporais e espaciais na *internet*, e o desequilíbrio estrutural do poder que frequentemente afeta o domínio do discurso público controlado pelas grandes corporações de mídia, as redes sociais tornam-se um campo propício para a disseminação dos discursos do ódio, ampliando também o seu poder. Com efeito, o Estado não pode mais justificar o compromisso absoluto com a neutralidade, mas deve abraçar o pluralismo, garantir autonomia e dignidade e lutar pela manutenção de um mínimo de respeito mútuo, através da regulamentação legal. Isso porque a sociedade pluralista e democrática é a antítese da intolerância.

Por conseguinte, na era da sociedade em rede, o discurso do ódio nas redes sociais deve ser regulamentado na legislação pátria a fim resguardar os direitos humanos da vítima, em prol da democracia, e da segurança jurídica, no contexto internacional de direitos humanos, resguardando no meio ambiente digital os mesmos direitos que os cidadãos tem *offline*. Outrossim, devem-se promover políticas públicas, inclusive educacionais, que promovam a tolerância, o que não afasta, porém, a necessidade de responsabilização dos autores do discurso do ódio com o escopo de proteger a minoria agredida e subjugada pela maioria. É o entendimento constitucionalmente adequado, tendo em vista a criminalização do racismo – uma das manifestações do discurso do ódio – pela Constituição Federal de 1988.

A regulamentação das restrições aos discursos do ódio assegurará que a intolerância não abale os princípios e valores democráticos, em prol dos direitos humanos das vítimas alvo de tais discursos, a fim de não deixá-las ao exclusivo alvedrio do juiz constitucional, baseado apenas no método da ponderação, com esteio exclusivo no princípio da proporcionalidade, de modo a conferir previsibilidade e segurança jurídica ao manejo técnico do discurso do ódio.

Neste diapasão, propõe-se uma regulamentação legislativa geral do discurso do ódio nas redes sociais, o que não prescinde da interpretação e concretização judicial, ressaltando a necessidade de regulamentação que harmonize o controle judicial de direitos fundamentais com a garantia dos valores do Estado Democrático de Direito. Assim, busca-se reduzir os riscos do ativismo judicial no que tange ao discurso do ódio, especialmente nas redes sociais. Por outro lado, a Justiça Constitucional deve ser entendida não como contradição da democracia, mas como garante dela, em especial no tocante à defesa dos direitos fundamentais. Por conseguinte, a regulamentação legal do discurso do ódio nas redes sociais não exclui a necessidade do controle judicial de direitos fundamentais, mas lhe impõe limites e critérios hermenêuticos.

Com efeito, muito embora se sustente que esse controle legislativo e administrativo seria incompatível com o regime de liberdades e democracia existentes em nosso ordenamento jurídico, cabe salientar que o discurso do ódio consiste em um abuso à liberdade de expressão, uma vez que não busca o diálogo, ante seu real intento de silenciar as minorias.

Nesse sentido, os administradores das plataformas de redes sociais, uma vez que têm aparato para tanto, devem ter um papel ativo no combate à proliferação de discursos de ódio nas redes sociais. Como responsáveis pela prestação de um serviço que

propaga e amplia o alcance do *hate speech*, devem ser responsáveis pelo controle do conteúdo veiculado em seus sítios eletrônicos, sendo descipienda a necessidade de notificação, tal qual decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Delfi AS vs. Estônia*, ante o amplo controle que as empresas têm do conteúdo veiculado nas redes sociais, bem como dos mecanismos que dispõem para tanto. Ademais, as redes sociais também devem obrigadas a produzir um relatório anual detalhando quantas postagens foram excluídas e por quais motivos, tal como impõe a legislação alemã.

Destarte, a edição de uma legislação, com conteúdo que apresente parâmetros para se identificar e punir os autores dos discursos de ódio nas redes sociais, por meio da criação de um órgão de controle, faz-se urgente e necessária. Esse órgão especializado será responsável por uma adequada fiscalização do conteúdo ofensivo na *web*, estando apto a receber denúncias por parte de usuários, bem como aplicar multas e outras sanções administrativas, em caso de descumprimento dos deveres por parte dos provedores de redes sociais. Impende ressaltar que esse controle administrativo não impede o controle judicial.

A dimensão filosófica necessária ao debate faz-se essencial a fim de proporcionar padrões claros e coesos de restrições à liberdade de expressão no âmbito do discurso do ódio nas redes sociais. Com efeito, conclui-se que o tratamento constitucional e internacionalmente adequado é o da impossibilidade de haver censura prévia, responsabilizando-se, porém, o autor do discurso pelos abusos que cometer.

O estudo da doutrina nacional e estrangeira sobre o discurso do ódio, da fundamentação filosófica da liberdade de expressão, dos instrumentos internacionais de direitos humanos e do tratamento do tema nos órgãos nacionais e internacionais fornece o suporte jurídico e teórico e parâmetros necessários para a regulamentação do discurso do ódio nas redes sociais pelo ordenamento jurídico brasileiro, em prol da democracia, dos direitos humanos das vítimas e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. O paradoxo do homo sacer: entre o abandono e o bando. **Cadernos de ética e filosofia política**, São Paulo, n. 23, p. 78-92, jul. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74747/78338>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional law in the age of balancing. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5, 1987. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796529>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMITRANO, Georgia. O paradoxo do homo sacer: entre o abandono e o bando. **Cadernos de ética e filosofia política**, São Paulo, n. 23, p. 78-92, jul. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74747/78338>. Acesso em: 09 dez. 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. Tradução: Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo**. São Paulo: Editora Schwarcz, 1997.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do ministro Celso de Mello no HC 82.424. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 443-470, mai. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Direito do Estado**, Brasília, 18. ed, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt; LION, David. **Vigilância líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (org.). **Isaiah Berlin**: Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre liberdade**. Brasília: UNB, 1981.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Bech conversa com JohanneWilms. São Paulo: ed. Unesp, 2003.

BOYLE, Kevin. The United States *versus* the rest of the world? **Maine Law Review**, v. 53, n. 2, 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1464&context=mlr>. Acesso em 05 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Elogio à serenidade e outros escritos morais**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Congresso Nacional, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Congresso Nacional, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 06 mar. 2019.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília: Congresso Nacional, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão de tutela antecipada. **Ação Civil Pública nº 5038706-31.2019.4.02.5101/RJ**. 27ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 18 de junho de 2019. Disponível em: https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=511560769972303491208926044756&evento=511560769972303491208926112201&key=3ae1dacf891ac96ee4b1f5b4df56e53379a49f4bc716e68d2a5b270046ae30e0&hash=e87bbb01d5f6efee7f7170c65e4df595. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. “Marcha da Maconha” - Manifestação legítima, por cidadão da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello, 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+187%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+187%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ao4u8o7>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.424/RS**. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Weerner Cantalício Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, 17 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+82424.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Habeas Corpus 109.676/RJ**. Direito Constitucional. Crime de Injúria Qualificada. Alegação de Inconstitucionalidade da pena prevista no tipo, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Paciente: Vital da Cruz Mendes Curto. Impetrante: Eduardo dos Santos Pinheiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4318619>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Medida Cautelar na Reclamação 11.292/RS**. Reclamante: Projeto Esperança Animal. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 25 de

fevereiro de 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+11292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q3az6zy> . Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2 Turma) . Apelação Criminal 2005011076701-6. Crime de racismo praticado pelo “Orkut”, site de relacionamentos pela internet. Sentença reformada. Condenação imposta ao réu. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Marcelo Valle Silveira Mello. Relator: Roberval Casemiro Belinati, Brasília, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5772019/apr-apr-767015720058070001-df-0076701-5720058070001/inteiro-teor-101953340>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 4, n. 15, p.117-136, jan/mar. 2007.

BRUGGER, Winfried. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da constituição alemã. Tradução: Felipe de Melo Fonte, Paola Enham Dias. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, jul./set. 2008.

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

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. 1 v.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A Sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Belém: Imprensa Nacional, 2005.

CAPPELLETTI, MAURO. **Juízes legisladores?**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHADE, Jamil. Criador da web se lança em novo desafio: salvar sua criação. **Universo Online**, São Paulo, 12. mar. 2019. Disponível em: <https://jamilchade.blogosfera.uol.com.br/2019/03/12/criador-da-internet-se-lanca-em-novo-desafio-salvar-sua-criacao/?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 24 abr. 2019.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. **Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, Cidade do México, n. 16, abr. 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc44605>. Acesso em: 10 abr. 2017.

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

CORDECH, Pablo Salvador. **El derecho de lalibertad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CONSANI, Cristina Foroni. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. **Ethic@**: an international journal for moral philosophy, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 174-197, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2015v14n2p174>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CONSEIL DE L'EUROPE. Recomendación de política general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo - Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Estrasburgo, 2016. Disponível em: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. Acesso em: 26 maio 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção europeia dos direitos humanos. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15 abr. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Manual para o combate contra o discurso de ódio online através da Educação para os Direitos Humanos**. Estrasburgo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Disponível em: https://popdesenvolvimento.org/images/noticias/ManualREFERENCIAS_CombateDiscursoOdioOnline_PT2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2018.

CONSELHO da Europa lança campanha contra o discurso de ódio online. **REDE**, Lisboa, 1 abr. 2013. Disponível em: <http://redejovensigualdade.org.pt/blog/conselho-da-europa-lanca-campanha-contra-o-discurso-de-odio-online/>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. A evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 402-421, jul./dez.. 2010.

DAHL, Robert A.. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: ed. Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert A.. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2012.

DEUTSCHLAND. **A campanha “no hate speech”**. 09 fev. 2016. Disponível em: <https://www.deutschland.de/pt-br/topic/vida/sociedade-integracao/a-campanha-no-hate-speech>. Acesso em: 14 jul. 2018.

DEUTSCHLAND. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Bonn: [2017]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 3 maio 2019.

DEUTSCHLAND. **Network Enforcement Act – NetzDG, from 1 de October 2017**. Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks. Berlin: 2017. Disponível em: <https://medium.com/@timboucher/netzdg-english-final-version-20a0559f2497>. Acesso em: 13 jul. 2018.

DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/9360/000577828.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02. abr. 2018.

DONEDA, Danilo. **O que está em jogo com a nova autoridade nacional de proteção de dados**, São Paulo, 13 ago. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-esta-em-jogo-com-a-nova-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-13082018. Acesso em: 23 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org.). **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. **Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa**. In: 8º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2012, Gramado. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

EUA. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Filadélfia, 1776. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/109/>. Acesso em: 20 nov. 2017.

EUROPEAN COMMISSION. **EU suggested best practice document**: critical analysis and policy recommendations for EU – wide hate crime laws. Disponível em:

https://www.uclan.ac.uk/research/explore/projects/assets/EU_SUGGESTED_BEST_PRACTICE_DOCUMENT.pdf. Acesso em: 27 jun. 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução: Gustavo Binenbojm, Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Faculty Scholarship Series**, n. 1210, 1986. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1210. Acesso em: 17 jun. 2018.

FRANÇA. Declaração de direitos do homem e do cidadão. França, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 09 jul. 2018.

FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>. Acesso em: 10 maio 2018.

GABINA, Lourença Paiva. **Discurso de ódio e jurisdição constitucional**: uma abordagem pragmática. 2015. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2015. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2255>. Acesso em: 02 maio 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e métodos**. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual da filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do supremo tribunal federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 565-582, jul. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24149/22920>. Acesso em: 30 maio 2019.

GRIMM, Dieter. Freedom of speech in a globalized world. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. Nova York: Oxford University Press, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 18. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Tradução: Edgar de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. Tradução: LuisWerle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. Nova York: Oxford University Press, 2009.

HAUPT, Claudia E. Regulating hate speech: damned if you do and damned if you don't. **Boston University Law Journal**, Boston, n. 23, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3168771. Acesso em: 27 jun. 2018.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: ledroit internacional prive post moderne. **Recueil des Cours**, La Haye, v. 251, p. 9-267, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.

LEI contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. **Deutsche Welle**, Calais, 26 out. 2016. Disponível em: <http://amp.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Transparência e acesso aos dados e informações: o caso do "facebook" - um estudo comparado entre o RGPD europeu e o marco civil da internet no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018, v. 14, p. 214-233.

LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz, à proteção dos dados pessoais. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 30, p. 138-160, 2008.

LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugênia. Novas tecnologias e direitos humanos: uma reflexão a partir da esfera pública. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, p. 843-868, 2016.

LIMBERGER, Têmis; FERREIRA, Rafael Fonseca. Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de investigações constitucionais**, v. 5, p. 317-330, 2018.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, p. 263-289, 2017.

LIMBERGER, Têmis; RUARO, Regina. Banco de dados de informações genéticas e a Administração Pública como concretizadora da proteção dos dados pessoais e da dignidade humana. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, p. 85-99, 2013.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Cibercidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 215-230, 2012.

LIMBERGER, Têmis; SANTANNA, Gustavo da Silva. A (in)eficiência do Processo Judicial Eletrônico na sociedade da informação. **Revista Opinião Jurídica**, v. 16, p. 130-155, 2018.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revistadireito_e_liberdade/article/viewFile/780/621. Acesso em: 30 jun. 2018.

LYTOARD, Jean-François. **O pós moderno**. Tradução: Ricardo Correia Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MACEDO, Caio Sperandéo; MACHADO, Ronny Max. Direito humano de acesso à internet e a defesa da sustentabilidade no ambiente digital. In: MARTINI, Sandra Regina; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley (org.). **Transdisciplinaridade e o direito: os desafios dos direitos humanos na sociedade de informação**. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 274-302, jan./abr. 2017.

MACHADO, Jónatas E. M.; Brito, Iolanda Rodrigues de. **Curso de direito da comunicação social**. Lisboa: Wolters Kluwer, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M.; Brito, Iolanda Rodrigues de. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, a. 12, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINI, Sandra Regina. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

MATOS, Ralfo. Territórios e redes: dimensões econômico-materiais e redes sociais especiais. In: DIAS, Leila Cristina; FERRARI, Maristela (org). **Territorialidades humanas e redes sociais**. Florianópolis: Insultar, 2013.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDRADO, Flávio Augusto Barreto. **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microsistema penal do discurso do ódio**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MELO, Ana Patricia Vieira Chaves Melo; MELO, Bricio Luis da Anunciação. A dignidade da pessoa humana como limitação ao discurso do ódio: um caminho da fraternidade. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 56-77, jan./jun. 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: racismo, discriminação, preconceito, pornografia, financiamento das atividades artísticas e das campanhas eleitorais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORIN, Edgar. A comunicação pelo meio: teoria complexa da comunicação. **Revista da Famecos**. Porto Alegre, n. 20, p. 7-12, abr. 2003

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 313-332 330, 2017.

OEA. Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Guatemala, 2013. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

OEA. Convenção Americana dos Direitos Humanos. San José, 1969. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 10 abr. 2018.

OEA. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington D.C., 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>. Acesso em 24 abr. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. Porto Alegre. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Nova Iorque, 1965. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politicaexterna/ConvIntElimTodForDiscRac.html> . Acesso em: 24 abr. 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Nova Iorque, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Paris, 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 10 jun. 2018.

ONU. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General Recommendation n° 35. Genebra, 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11. Acesso em: 19 maio 2019.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías. Nova Iorque, 2015. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10012.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

ONU. Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância. Durban, 2001. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

ONU. Informe de la Conferencia de Examen de Durban. Genebra, 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ae83fc92>. Acesso em: 20 maio 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Paris, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 9 jul. 2018.

ONU. General Assembly of the United Nations. Resolution L. 20 of Human Rights Council. New York, 2016. Disponível em: https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

ONU. General Assembly of the United Nations. Report A/HRC/17/27 of Human Rights Council. Nova Iorque, 2011. Disponível em: www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

PAULA, Rodrigo Francisco de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: notas para a proscricção da violência do discurso de ódio no espaço público a partir de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO,

Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Néri. Redes sociais validam o ódio das pessoas, diz psicanalista. **British Broadcasting Corporation News Brasil**, São Paulo, 10 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38563773>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **Liberdade de expressão e neutralidade da rede na internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativos dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos e justiça internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução: Milton Machado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

QUINT, Peter. A return to Lüth. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, n. 16, p. 73-85, 2011. Disponível em: <https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1446&context=rwu_LR>. Acesso em: 26 jun. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direito internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016,.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RECUERO, Raquel. **A conversação em rede**: comunicação mediada pelo computador e redes sociais na internet. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2014.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1998, com destaque para o problema na sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da academia brasileira de direito constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, jan./jun. 2016.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENFELD, Michel. Extremist speech and the paradox of tolerance. **Havard Law Review**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 6, 1987.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School**, Public Law Research Paper, n. 41, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=265939. Acesso em: 02 maio 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. **Discurso do ódio em redes sociais**. 1. ed. São Paulo: Lura editorial, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [superando os limites do “politicamente (in)correto”]. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, n. 126, jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 31 maio 2018.

SCHÄFER, Gilbert; LEIVAS Paulo Gilberto Cogo; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, p. 143-158, jul./set. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigeli de Carvalho. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Júlio César Casarin B. **Democracia e liberdade de expressão**: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-124122/pt-br.php>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SILVA, Júlio César Casarin B. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. **Revista sociologia e política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 283-295, jun. 2008.

SILVA, Júlio César Casarin B. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista de direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-64, jan./jun. 2015.

SILVA, Lucas Gonçalves da. Os direitos à intimidade e à vida privada dos trabalhadores no meio ambiente digital. In: HERRERA, Augusto Valenzuela (org.). **Ponencias magistrales y oficiales**: XX Congresso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Guatemala: Peluma, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves da; CERQUEIRA, E. C. Atualidade dos fundamentos liberais da liberdade de expressão para o regramento da mídia contemporânea. In: VITA, Jonathan Barros; DIZ, Jamile Bergamaschini Mata; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (org.). **Direitos fundamentais e democracia III**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 161-176.

SILVA, Lucas Gonçalves da; CERQUEIRA, E. C. Dimensão jurídica da liberdade de imprensa a partir da noção instrumento da liberdade de expressão. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; FÉLIX, Ynes Da Silva. (org.). **Teorias dos direitos fundamentais**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 1-22.

SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andréa Galvão Rocha. A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade de informação. In: VEIGA, Fábio da Sila; GONÇALVES, Rúben Miranda (org.). **O direito constitucional e seu papel na construção do cenário jurídico global**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, v. 1, p. 607-617, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patricia Vieira Chaves Melo. Judicialização da política: fundamentação da decisão judicial como limite da interpretação da Constituição na jurisdição constitucional. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de Holanda et al. (coord.). **Filosofia do Direito hoje** : temas atuais. Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patricia Vieira Chaves Melo. O discurso do ódio e os limites da liberdade de expressão: a dignidade da pessoa humana como critério

de ponderação. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2017, Brasília. **Direitos e Garantias Fundamentais I**, 2017. p. 282-300.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado. A constitucionalização do direito como paradigma para a ciência jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do neoconstitucionalismo brasileiro. In: COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; PASSOS, Daniela Veloso Souza (org.). **Temas do pensamento constitucional brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. IV, p. 125-139.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Direito social do trabalhador: salário justo. In: VIÑA, Jordi Garcia; FEITOSA, Raymundo Juliano (org.). **Direito do trabalho seguridade social**. Barcelona: I Encontro de Internacionalização do CONPEDI, v. 10, p. 211-235, 2014.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SANTOS, Carla Vanessa Prado Nascimento. Discurso do ódio no estado democrático de direito: intolerância ou direito à liberdade de expressão? In: LINS JUNIOR, George Sarmento; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; SILVA, Lucas Gonçalves da. (Org.). **Direitos e garantias fundamentais I**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2018, v. 1, p. 63-80.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; CERQUEIRA, E. C.. O papel prescritivo da opinião pública para as correntes democráticas procedimentalistas. In: SILVA, Lucas Gonçalves da; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LOPES, Karin Becker (org.). **Teoria da democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 1, p. 261-276.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. O controle social como instrumento de defesa da democracia. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 04, p. 207-230, 2017.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Declaração universal dos direitos humanos (1948) Comentários dos artigos XII a XVII. In: CARNOTA, Walter F.; MARIANELLO, Patricio Alejandro. **Tratados de los tratados internacionales – comentados**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Suprema Corte norte-americana e a liberdade religiosa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=313>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Priscila Regina da. **Contrarreligião: liberdade de expressão e o discurso do ódio contrarreligioso**. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe Borchardt. Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, jul./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Brasília, n. 54, p. 23-51, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Belo Horizonte, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Murillo. YouTube derrubará vídeos que glorifiquem discursos de ódio. **Mais Goiás**, Goiânia, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/youtube-derrubara-videos-que-glorifiquem-discursos-de-odio/>. Acesso em: 21 jun. 2019.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na dosimetria das sanções da lei de improbidade administrativa. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 04, p. 659, 2018.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. Atividade econômica do estado: vinculação e liberdade de conformação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 25, p. 1-34, fev./abr. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=528> . Acesso em: 05 maio 2019.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **Escolas de contas e o controle social na formação profissional**. 2017. 221 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2017. Disponível em: https://pergamum.bibliotecas.ufs.br/pergamum/biblioteca/index.php?resolution2=1024_1. Acesso em: 05 maio 2019.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. O Controle Social e o Papel do Cidadão na Relação com o Estado: Súdito ou Administrado?. In: COSTA, Daniela; SILVA, Maria dos Remédios; BAEZ, Narciso. (org.). **Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 336-358.

STONE, Geoffrey R. Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century. **Pepperdine Libraries Review**, Malibu, v. 36, artigo 2, mar. 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol36/iss2/2/>. Acesso em: 29 maio 2018.

STF. **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Revisor: BRAZ, Valdir; PAULO, Pedro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Natalia; TARICCO, VITOR. Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos. **Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a La Información**, n. 36, artigo 2, abr. 2019. Disponível em: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf. Acesso em: 23 abr. 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Delfi AS vs. Estonia*. Estrasburgo, 16 de junho de 2015. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto et al. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras. In: SEMINÁRIO DE BRASÍLIA DE 1991. Brasília/San José da Costa Rica: IIDH, 1992.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000. Aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Luxemburgo, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 31 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 27 de abril de 2016. Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 18 mar. 2019.

U.S. SUPREME COURT. *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1919 (Holmes, J., dissenting). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>. Acesso em: 03 maio 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Brandenburg vs. Ohio*, 395, U.S. 444, 1969. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>. Acesso em: 03 maio 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568, 1942. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>. Acesso em: 03 maio 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Doe vs. Michigan*, 721 U.S. 852, 1989. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/721/852/1419700/>. Acesso em: 19 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *National Socialist Party of America vs. Village of Skokie*, 432 U.S. 43, 1977. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/434/1327.html>. Acesso em: 19 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U. S. 254, 1964. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>. Acesso em: 14 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *R.A.V. vs. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377, 1992. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/377.html>. Acesso em: 20 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Schacht vs. United States*, 628 U.S. 58, 1970. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/398/58.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Schenck vs. Estados Unidos*, 249 U.S. 47, 1919. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/249/47.html>. Acesso em: 17 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Schacht vs. United States*, 628 U.S. 58, 1970. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/398/58.html>. Acesso em: 17 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 39, 1989. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397>. Acesso em: 17 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Twining vs. United States*, 211 U.S. 78, 1908. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/211/78.html>. Acesso em: 06 jun. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *United States vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144, 1938. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/304/144.html>. Acesso em: 06 jul. 2018.

U.S. SUPREME COURT. *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 1927. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357>. Acesso em: 14 jun. 2018.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e tolerância liberal. **Novos estudos**, São Paulo, n. 84, p. 61-81, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000200005&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 25 abr. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

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

WALLMEYER, Elizabeth J.. Filled milk, footnote four and the first amendment: an analysis of the preferred position of speech after the carolene products decision. **Fordham**

Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, v. 3, n. 4, p. 1019-1052, 2003. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1265&context=iplj>. Acesso em: 21 jun. 2018.

WEBER, Anne. **Manual on hate speech**. França: Council of Europe Publishing, 2009. Disponível em: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>. Acesso em: 10 maio de 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos (coord). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Manole Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZUCKERBERG, Mark. The Internet needs new rules. Let's start in these four areas. **The Washington Post**, Washington D.C., 30 mar. 2009. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?noredirect=on&utm_term=.c63db1a88844. Acesso em 23 abr. 2019.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Comentários à lei de imprensa**. São Paulo: RT, 2007.

ANEXO A – Projeto de Lei do Senado nº 323/2017

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2017

Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), que *estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*, para coibir a propagação de discurso de ódio nas redes sociais.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para coibir a propagação de discurso de ódio nas redes sociais.

Art. 2º O art. 21 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 21.** O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente quando, após o recebimento de notificação, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização de conteúdo que:

I) viole a intimidade em decorrência 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;

II) incite o ódio, a discriminação, o preconceito ou a violência contra pessoa, ou grupo de pessoas, em razão de sua etnia, raça, cor, nacionalidade, origem regional, idade, deficiência física ou mental, religião, sexo ou orientação sexual.

§ 1º Têm legitimidade para requerer a indisponibilização de conteúdo:

I) os participantes ou seu representante legal, nos casos do inciso I do *caput*;

II) o ofendido, o Ministério Público e a Defensoria Pública, nos casos do inciso II do *caput*.

§ 2º A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do

conteúdo apontado como infringente e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

§ 3º Os legitimados à apresentação do requerimento promoverão a notificação do provedor de aplicação, que terá o prazo de vinte e quatro horas, contadas da notificação, para promover a indisponibilização cautelar do conteúdo de que tratam os incisos I e II do *caput*.

§ 4º O provedor de aplicação, após análise do caso, poderá cancelar a medida ou torná-la definitiva.

§ 5º O requerente será comunicado pelo provedor da aplicação sobre o resultado da análise referida no § 4º.

§ 6º Sem prejuízo da responsabilidade subsidiária referida no *caput*, o provedor de aplicação que violar as disposições deste artigo ficará sujeito a multa de até 5% (cinco por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO B - Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Netz DG)

**Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks
(Network Enforcement Act)**

The Bundestag has adopted the following Act:

Article 1

**Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks
(Network Enforcement Act)**

Section 1

Scope

(1) This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content.

(2) The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany.

(3) Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified.

Section 2

Reporting obligation

(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

(2) The reports shall cover at least the following points:

1. general observations outlining the efforts undertaken by the provider of the social network to eliminate criminally punishable activity on the platform,
2. description of the mechanisms for submitting complaints about unlawful content and

the criteria applied in deciding whether to delete or block unlawful content,

3. number of incoming complaints about unlawful content in the reporting period, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, and according to the reason for the complaint,

4. organisation, personnel resources, specialist and linguistic expertise in the units responsible for processing complaints, as well as training and support of the persons responsible for processing complaints,

5. membership of industry associations with an indication as to whether these industry associations have a complaints service,

6. number of complaints for which an external body was consulted in preparation for making the decision,

7. number of complaints in the reporting period that resulted in the deletion or blocking of the content at issue, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, according to the reason for the complaint, according to whether the case fell under section 3 subsection (2) number (3) letter (a), and if so, whether the complaint was forwarded to the user, and whether the matter was referred to a recognised self-regulation institution pursuant to section 3 subsection (2) number (3) letter (b),

8. time between complaints being received by the social network and the unlawful content being deleted or blocked, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, according to the reason for the complaint, and into the periods “within 24 hours”/“within 48 hours”/“within a week”/“at some later point”,

9. measures to inform the person who submitted the complaint, and the user for whom the content at issue was saved, about the decision on the complaint.

Section 3

Handling of complaints about unlawful content

(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.

(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network:

1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked,

2. removes or blocks access to content that is manifestly unlawful within 24 hours of receiving the complaint; this shall not apply if the social network has reached agreement with the competent law enforcement authority on a longer period for deleting or blocking any manifestly unlawful content,

3. removes or blocks access to all unlawful content immediately, this generally being within 7 days of receiving the complaint; the 7-day time limit may be exceeded if

- a) the decision regarding the unlawfulness of the content is dependent on the falsity of a factual allegation or is clearly dependent on other factual circumstances; in such cases, the social network can give the user an opportunity to respond to the complaint before the decision is rendered;
- b) the social network refers the decision regarding unlawfulness to a recognised selfregulation institution pursuant to subsections (6) to (8) within 7 days of receiving the complaint and agrees to accept the decision of that institution,

4. in the case of removal, retains the content as evidence and stores it for this purpose within the scope of Directives 2000/31/EC and 2010/13/EU for a period of ten weeks,

5. immediately notifies the person submitting the complaint and the user about any decision, while also providing them with reasons for its decision,

(3) The procedure shall ensure that each complaint, along with the measure taken to redress the situation, is documented within the scope of Directives 2000/31/EC and 2010/13/EU.

(4) The handling of complaints shall be monitored via monthly checks by the social network's management. Any organisational deficiencies in dealing with incoming complaints shall be immediately rectified. The social network's management shall offer the persons tasked with the processing of complaints training courses and support programmes delivered in the German language on a regular basis, this being no less than once every six months.

(5) The procedures in accordance with subsection (1) may be monitored by an agency tasked to do so by the administrative authority named in section 4.

(6) An institution shall be recognised as a self-regulation institution within the meaning of this Act if

- 1. the independence and expertise of its analysts are ensured,
- 2. appropriate facilities are in place and prompt analysis within a 7-day period is guaranteed,
- 3. it has rules of procedure which regulate the scope and structure of the analysis, stipulate the submission requirements of the affiliated social networks, and provide for the possibility to review decisions,
- 4. a complaints service has been set up, and
- 5. the institution is funded by several social network providers or establishments, guaranteeing that the appropriate facilities are in place. In addition, the institution must remain open to the admission of further providers, of social networks in particular.

(7) Decisions leading to the recognition of self-regulation institutions shall be rendered by the administrative authority named in section 4.

(8) Recognition can be wholly or partly withdrawn or tied to supplementary requirements if any of the conditions for recognition are subsequently no longer met.

(9) The administrative authority named in section 4 can also stipulate that the possibility for a social network provider to refer decisions in accordance with subsection (2) number (3) letter (b) is barred for a specified period if there is a reasonable expectation that the provider in question will not fulfil the obligations under subsection (2) number (3) by affiliating itself with the system of self-regulation.

Section 4

Provisions on regulatory fines

(1) A regulatory offence shall be deemed to have been committed by any person who, intentionally or negligently,

1. in contravention of section 2(1) sentence 1, fails to produce a report, to produce it correctly, to produce it completely or to produce it in due time, or fails to publish it, to publish it correctly, to publish it completely, to publish it in the prescribed form or to publish it in due time,

2. in contravention of section 3(1) sentence 1, fails to provide, to provide correctly or to provide completely, a procedure mentioned therein for dealing with complaints submitted by complaints bodies or by users whose place of residence or seat is located in the Federal Republic of Germany,

3. in contravention of section 3(1) sentence 2, fails to supply a procedure mentioned therein or to supply it correctly,

4. in contravention of section 3(4) sentence 1, fails to monitor the handling of complaints or to monitor it correctly,

5. in contravention of section 3(4) sentence 2, fails to rectify an organisational deficiency or to rectify it in due time,

6. in contravention of section 3(4) sentence 3, fails to offer training or support or to offer them in due time, or

7. in contravention of section 5, fails to name a person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany or fails to name a person in the Federal Republic of Germany authorised to receive information requests from German law enforcement authorities, or

8. in contravention of section 5 subsection (2), second sentence, fails to respond to requests for information while acting as the person authorised to receive service.

(2) In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply.

(3) The regulatory offence may be sanctioned even if it is not committed in the Federal Republic of Germany.

(4) The administrative authority within the meaning of section 36(1) number 1 of the Act on Regulatory Offences shall be the Federal Office of Justice. The Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, in agreement with the Federal Ministry of the Interior and the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, shall issue general administrative principles on the exercise of discretion by the regulatory fine authority in initiating regulatory fine proceedings and in calculating the fine.

(5) If the administrative authority wishes to issue a decision relying on the fact that content which has not been removed or blocked is unlawful within the meaning of section 1(3), it shall first obtain a judicial decision establishing such unlawfulness. The court with jurisdiction over the matter shall be the court that rules on the objection to the regulatory fine order. The application for a preliminary ruling shall be submitted to the court together with the social network's

statement. The application can be ruled upon without an oral hearing. The decision shall not be contestable and shall be binding on the administrative authority.

Section 5

Person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany

(1) Providers of social networks shall immediately name a person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany and shall draw attention to this fact on their platform in an easily recognisable and directly accessible manner. It shall be possible to effect service on this person in procedures pursuant to section 4 or in judicial proceedings before German courts on account of the dissemination of unlawful content. The same shall also apply to the service of documents initiating such proceedings.

(2) To enable the receipt of requests for information from German law enforcement authorities, a person in the Federal Republic of Germany shall be named who is authorized to receive such requests. The person so authorised shall be obliged to respond to such requests for information pursuant to the first sentence within 48 hours of receipt. In cases where the requested information is not exhaustively provided, reasons for this shall be included in the response.

Section 6

Transitional provisions

(1) The first issue of the report pursuant to section 2 shall be due in respect of the first half-year of 2018.

(2) The procedures pursuant to section 3 shall be introduced within three months of the entry into force of this Act. If the social network provider does not fulfil the requirements of section 1 until some later date, the procedures pursuant to section 3 shall be introduced within three months of this date.

Article 2

Amendment of the Telemedia Act

The Telemedia Act of 26 February 2007 (Federal Law Gazette I p. 179), last amended by Article 1 of the Act of 21 July 2016 (Federal Law Gazette I p. 1766) shall be amended as follows:

1. The following subsections (3) to (5) shall be added to section 14:

“(3) Furthermore, the service provider may in individual cases disclose information about subscriber data within its possession, insofar as this is necessary for the enforcement of civil law claims arising from the violation of absolutely protected rights by unlawful content as defined in section 1 subsection (3) of the Network Enforcement Act.

(4) Before information is disclosed in accordance with subsection (3), a court order on the permissibility of such disclosure shall be obtained; this shall be requested by the injured party. Jurisdiction for issuing any such order shall lie with the regional court, regardless of the value of the claim. Territorial jurisdiction shall lie with the court in whose district the injured party has his domicile, his seat or a branch office. The decision shall be rendered by the civil division. The provisions of the Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-Contentious Jurisdiction shall apply *mutatis mutandis* to the proceedings. The costs of the court order shall be borne by the injured party. The remedy of immediate complaint is admissible in respect of the regional court decision.

(5) The service provider shall be involved as an interested party in proceedings pursuant to subsection (4). It may inform the user that proceedings have been instigated.”

2. In section 15 subsection (5), the fourth sentence shall be worded as follows:
“Section 14 subsections (2) to (5) shall apply *mutatis mutandis*.”

Article 3

Entry into force

This Act shall enter into force on 1 October 2017.