

Liberdade de expressão, regulação e discurso de ódio – O caso



Ingo Sarlet

desembargador e professor

Na coluna anterior tivemos ocasião de tecer algumas considerações sobre o

combate (no plano jurídico) ao discurso do ódio na internet no espaço europeu, designadamente à luz de exemplo extraído da jurisprudência recente da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Relembre-se, nesse contexto, que embora ainda não exista uma diretiva ou regulamento específico voltado ao combate do discurso do ódio na Internet no âmbito da normativa da União Europeia, já foram criados alguns instrumentos e parâmetros para tal efeito, no sentido de que já poderia se designar de uma espécie de *soft law*. Destacam-se aqui as medidas da Comissão para o combate do racismo e da intolerância do Conselho da Europa, Estrasburgo, como é o caso de um código de conduta emitido em 31.5.2016, em parceria com Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft^[1] e uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, de 26.04.2018.^[2]

Assim, é possível afirmar que as instituições europeias têm estado atentas ao problema e promovido algumas medidas concretas no sentido do seu enfrentamento, de modo especial na esfera jurisdicional, no âmbito da qual a CEDH, seja no caso comentado na coluna anterior, seja já em outras decisões, chancelou a possibilidade dos Estados submetidos à sua jurisdição de, na esfera de sua margem de apreciação, tomarem medidas fortes, como é o caso da criminalização do discurso do ódio, não só, mas também e cada vez mais na esfera digital.

No plano doméstico dos Estados, não apenas na Europa, por certo, a discussão em torno do discurso do ódio e de seu eventual sancionamento e regulação é antiga, em muito anterior ao surgimento da internet pública e de sua expansão e desenvolvimento, já existindo farta legislação e jurisprudência relativa ao tema, que nunca deixou de ser polêmico e ocupar a agenda política e judiciária. Todavia, no concernente ao domínio específico da Internet e, em especial, das redes sociais, os movimentos no sentido de uma regulação pelo poder público são bem mais recentes, em especial, de uma regulação voltada precípuamente à contenção e repressão do discurso do ódio.

Por tal razão, nos pareceu oportuno ocupar este espaço para dar notícia da existência, e, ao mesmo tempo, propiciar uma breve apresentação, da de certo modo inovadora iniciativa do Parlamento da Alemanha ao aprovar, em 01.09.2017, o assim chamado *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (doravante German Network Enforcement Act – GNEA), com o escopo de coibir e reprimir discursos ofensivos, discriminatórios e a incitação à violência na internet[3].

Em que pese a motivação em si legítima da lei, são muitas as críticas que têm atraído, inclusive na fase de sua elaboração e discussão no Parlamento, mas também no que diz com a sua aplicação, assumindo particular relevância a controvérsia em torno de sua compatibilidade com a Lei Fundamental alemã, mas também com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, naquilo em que veicula restrições à liberdade de expressão no ambiente das redes sociais[4].

Não sendo viável explorar com maior detalhamento o conteúdo da lei e a miríada de suas repercussões e dos questionamentos que suscita, limitamo-nos a colacionar alguns dos principais aspectos e que objetivam viabilizar um maior controle em relação ao exercício do discurso do ódio e mesmo a sua interdição. Assim, é de se enfatizar, de plano, que a nova lei exigiu a implantação de medidas de segurança mais claras e rígidas quanto aos conteúdos lesivos e potencialmente ilegais, possibilitando à cidadania um amplo controle do material postado.

Quanto aos seus destinatários, a teor do seu § 1º, 1 e 2, a nova legislação, tem por destinatários empreendimentos que promovem plataformas sociais com fins lucrativos e com mais de dois milhões de usuários na Alemanha. Vale notar, todavia, que a lei estabeleceu diferenças em relação aos diversos tipos de provedores, não incidindo em relação às plataformas voltadas para a troca de mensagens e de e-mails, como é o caso, por exemplo, do Whatsapp. Da mesma forma, não são abarcadas plataformas destinadas a veicular conteúdos jornalísticos e redacionais.

Quanto ao seu objeto, a nova lei determina sejam eliminados e bloqueados conteúdos ilícitos postados nas mídias sociais destinatárias. De acordo com o § 1º, 3, são tidos como ilícitos todos os conteúdos que correspondam aos fatos típicos previstos em ao todo 23 dispositivos do Código Penal alemão, como, por exemplo, que envolvem atentados contra a segurança estatal e a ordem pública, mas também delitos contra os direitos de personalidade, ademais da negação do Holocausto e congêneres. Assim, o GNEA estabeleceu uma linha divisória entre atos que configuram crime (ilícitos penais) de natureza diversa na rede (como, por exemplo, a fraude), a assim chamada criminalidade do ódio e as *fake news*.

Para dar conta de seus objetivos, o GNEA estabeleceu uma obrigação para os empreendimentos que oferecem plataformas sociais de criar um procedimento transparente e eficaz e permanentemente disponível, assim como apto a ser facilmente compreendido e manejado por parte dos usuários, assegurando que os provedores tenham condições de acessar com rapidez a reclamação e tomar providências imediatas no sentido de eliminar ou bloquear os conteúdos ilícitos impugnados (§ 3, 1).

De acordo com o § 3, 2, 1, os provedores de rede social também têm a obrigação de disponibilizar um processo que possibilite o imediato conhecimento e decisão acerca da eliminação ou bloqueio do acesso ao conteúdo supostamente ilícito, implementando uma espécie de procedimento do *notice and take down*, previsto originalmente nos artigos 14 e 15 da Diretiva 2000/31 do Parlamento Europeu, regulando o *e-commerce*



[5].

Outrossim, as mídias sociais devem informar imediatamente os usuários e reclamantes de toda e qualquer providência tomada, fundamentando a sua decisão (§ 3º, 2, 5 do GNEA). Note-se que, como reação a tal previsão legal, os grandes atores da Internet já iniciaram a instituir mecanismos para atender a demanda. Assim, em caráter ilustrativo, verifica-se que o Google criou um formulário específico para fins de delação[6], o Twitter adicionou novas funções às contas dos usuários[7], enquanto o Facebook criou uma página específica na qual a vítima deve selecionar dentre as opções previamente disponibilizadas e anexar o *screenshot* da postagem[8].

Um primeiro ponto a ser destacado, diz respeito ao fato de que de acordo com a lei qualquer usuário pode denunciar a ocorrência do discurso do ódio, de tal sorte que é possível afirmar que se procurou estabelecer uma espécie de alargado controle social sobre as mídias sociais pelos seus próprios usuários. Além disso, de acordo com o seu § 3º, 2, nºs 2 e 3, a lei estabeleceu o prazo de vinte e quatro horas após a denúncia para a plataforma deletar ou bloquear o acesso a postagem quando a ilicitude da postagem for evidente, e, em casos mais complexos, ampliou o prazo para sete dias, prazo este que poderá ser excedido, presentes algumas condições.

Para o caso de descumprimento, foram previstas penas de multa de até cinco milhões de euros (§ 4, 2). Além disso, o GNEA estabelece uma obrigação de as mídias sociais elaborarem e publicarem um relatório semestral sobre as reclamações recebidas e respectivas providências envolvendo a impugnação de conteúdos tido como ilícitos (§ 2).

Como era de se esperar, diversos dispositivos da lei têm sido questionados quanto à sua legitimidade constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde já se encontra pendente de julgamento uma demanda. Da mesma forma, existem elementos suficientes a no mínimo controverter a compatibilidade da nova legislação – quanto a alguns pontos – com o marco normativo e jurisprudencial europeu, em que pese a orientação imprimida pela CEDH mais recentemente.

Para além da alegada (por alguns) inconstitucionalidade formal da nova legislação, que aqui não será enfrentada, seguem alguns dos pontos mais disputados, mas que aqui não são apresentados em ordem de relevância. Uma primeira objeção diz respeito ao fato de que caberá em um primeiro momento às plataformas deliberar sobre o potencial ofensivo da postagem, gerando, uma abertura à instituição de censura privada e uma privatização da execução da lei[9]. Da mesma forma, questiona-se a amplitude do elenco de conteúdos que podem ser considerados ilícitos, tendo em conta a quantidade de tipos penais listados para tal efeito inclusive sem maior fundamentação, propondo-se, quanto a isso, um ajuste corretivo de modo a reduzir as hipóteses a algumas figuras essenciais[10].

Ademais disso, os prazos fixados pelo legislador para a tomada de providências pelos provedores das plataformas sociais (eliminação ou bloqueio) seriam demasiado exíguos para que se possa examinar de modo adequado a sua efetiva ilicitude. Nesse sentido, afirma-se que a maioria dos tipos penais elencados demandam uma interpretação à luz das exigências da liberdade de expressão, o que, por sua vez, é, em muitos casos, controverso e demanda uma cuidadosa avaliação, em especial levando em conta que de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha nem todo conteúdo de caráter ofensivo (sátira, crítica, etc.) configura um abuso no exercício da liberdade de expressão e, nesse sentido, um ilícito passível de sanção[11].

O mesmo, aliás, se verifica quando se trata se aferir se algum conteúdo configura um atentado contra a segurança estatal e a ordem pública, razão pela qual aqui também questionável se um ator privado, ainda mais em prazo tão curto (24 horas quando se tratar de conteúdo manifestamente ilícito, seja o que isto queira dizer, valeria acrescentar) pode ele mesmo levar a efeito tal julgamento[12]. Outrossim, no concernente aos prazos legais para a remoção ou bloqueio de um conteúdo ilícito a própria lei, como já referido acima, prevê a possibilidade de exceções em que não incidem tais prazos, além de necessária a notificação, assegurando a possibilidade de manifestação do usuário[13].

Particularmente bem-vinda é a criação de um modelo de controle social alargado exercido pelos próprios usuários das mídias sociais, desde que, é claro, não implique em meio de censura (inclusive privada) e de silenciamento da liberdade de expressão na rede.

Além do mais, como bem pontua Bernd Holznel, o que o legislador alemão buscou instituir, foi um modelo de *compliance*, que, em grande medida, incorpora medidas já existentes e praticadas por diversos atores da internet relativas ao apagamento e bloqueio de determinados conteúdos de natureza ilícita, avançando no tocante aos instrumentos destinados a tornar efetivas tais medidas, seja por indução, seja mediante sancionamento.

Ao fim e ao cabo e cientes de que aqui apenas esboçamos algumas notas sobre o tema, o que se arrisca aqui a afirmar, é que, em especial quando se trata de atores sociais poderosos do ponto de vista tecnológico e econômico, a ausência de regulação do discurso do ódio e a falta de medidas minimamente eficazes para a sua contenção e sancionamento, implica, como já referido, uma violação dos deveres de proteção estatais para com os direitos de personalidade mas acima de tudo da dignidade da pessoa humana, tal como solenemente enunciado no artigo 1º da Lei Fundamental[14] e no artigo 1º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais[15].

Por outro lado, eventuais medidas tomadas com esse objetivo não podem implicar violação, por conta de uma intervenção juridicamente ilegítima na esfera de proteção de outros direitos humanos e fundamentais, como é o caso, em primeira linha, da liberdade de expressão e de informação, à qual deve ser assegurada uma posição de proeminência.

Que a garantia de tal equilíbrio (liberdade de expressão sem discurso do ódio) se tem revelado particularmente delicado, em especial no ambiente digital, não justifica posturas de caráter omissivo e de pura resignação, reclamando, isso sim, um esforço concentrado e promovido de modo cooperativo, numa ação regulatória compartilhada entre o poder público e os atores privados. A aposta maior, todavia, há de ser feita em nível preventivo e não sancionatório, mediante uma inclusão digital responsável, a difusão



de uma cultura de tolerância e de respeito e de mecanismos de cooperação e mediação, tudo numa escala simultaneamente nacional e transnacional. Por mais que se possa ser cético em relação à eficácia de tais medidas, a única opção não legítima é a resignação e a omissão.

1 See European Commission. Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_on_countering_illegal_hate_speech_online_en.pdf>. Acesso em: 24.10.2018.

2 Para efetuar o download do texto da recomendação v.: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>>. Acesso em 25.10.18.

3 Para ler o conteúdo da lei: <<https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+-+NetzDG&f=1>>. Acesso em: 01.out.2018

4 Sobre o tópico, v. por todos, apresentando uma síntese da controvérsia e remetendo à bibliografia mais atual e relevante, Andrej Lang. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit*, AÖR 143, 2018, p. 225 ff.

5 Cf. Bernd Holznapel. Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, ZUM 2017, p. 615-625p. 614-15.

6 No Google News há o instrumento “Enviar feedback” no qual é necessário enviar uma “captura de tela”. Para mais detalhes consulta o site da rede social: <<https://news.google.com/>>. Acesso em: 26.10.2018.

7 Com relação ao Twitter consultar por exemplo: <<https://help.twitter.com/en/safety-and-security/report-abusive-behavior>>. Acesso em: 26.10.2018.

8 No Facebook acima das notícias, onde tem três reticências aparece a opção “Give Feedback on This Post”. Para mais detalhes consulta o site da rede social: <<https://pt-br.facebook.com/>>. Acesso em: 26.10.2018.

9 Sobre o ponto v., por todos, M. Schröder, Private, statt administrative Durchsetzung des öffentlichen Rechts, Die Verwaltung 50, 2017, p. 309-331.

10 Holznapel, op. cit., p. 623.

11 Holznapel op. cit., p. 622-23.

12 Holznapel op. cit. p. 623-24.



[13](#) Cf. Schwartzmann, p. 319.

[14](#) “(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”

[15](#) “Article 1

Human dignity

Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.”