



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

JOÃO VÍTOR VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

**TÍTULO DO TRABALHO: O QUE AGUARDA O BRASIL NO TEATRO DO  
COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO NA ERA DAS REDES SOCIAIS**

**BRASÍLIA  
2022**

**JOÃO VÍTOR VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI**

**TÍTULO DO TRABALHO: O QUE AGUARDA O BRASIL NO TEATRO DO  
COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO NA ERA DAS REDES SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Ana Carolina Figueiró Longo

**BRASÍLIA**  
**2022**

**JOÃO VÍTOR VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI**

**TÍTULO DO TRABALHO: O QUE AGUARDA O BRASIL NO TEATRO DO  
COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO NA ERA DAS REDES SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel Direito pela  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -  
FAJS do Centro Universitário de Brasília  
(UniCEUB).

Orientador(a): Ana Carolina Figueiró Longo

**CIDADE, DIA MÊS ANO**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aqui minha orientadora, pela ajuda e paciência, meus pais, pelo constante e absoluto suporte, e minha irmã, esta última entre os estimados autores citados nesta monografia, pela inspiração e suporte acadêmico. Sem a soma disto tudo, não teria sido possível a realização desta monografia, ou mesmo o possível término de meu curso, especialmente em vista dos tempos de dificuldade destes últimos anos. Agradeço, do fundo do meu coração, a todos vocês.

## RESUMO

O objetivo principal desta monografia é uma análise do nível de preparação jurídica do Brasil para enfrentar o proliferar do “discurso de ódio”, nas novas arenas das redes sociais. Para se explorar este tema, serão expostas as várias complexidades jurídicas envolvidas no combate ao “discurso de ódio”, entre elas a discussão quanto ao balanceamento entre a proteção da liberdade de expressão e a prevenção da violação dos direitos de personalidade, ou, mais especificamente, o direito à dignidade, conceito que, na forma de ofensas e ataques às características individuais, culturais ou étnicas, define o campo atacado pelo assim definidos “discursos de ódio. Em seguida, esta monografia será constituída principalmente pela contextualização e análise dos debates e limites para o confrontar deste novo paradigma tecnológico no caso americano, vale dizer, o debate e as ações levados a cabo hoje nos Estados Unidos, ponderando suas diferenças históricas, e de sistema jurídico, com as brasileiras.

**Palavras-chave:** Discurso de ódio. Liberdade de Expressão. Dignidade Humana. Regulação.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O DISCURSO DE ÓDIO E OS OBSTÁCULOS AO SEU COMBATE .....	5
2.1. O que, afinal, é o discurso de ódio? .....	5
2.2. Nocividade do Discurso de Ódio .....	7
2.3. O obstáculo sempre presente: A colisão de direitos fundamentais.....	9
2.4. O novo paradigma: O advento das redes sociais .....	13
3. O CASO DOS ESTADOS UNIDOS .....	14
3.1. O Contexto Histórico e Jurídico Americano.....	14
3.2. A mudança de paradigma americana: Emergência do “Plataform Law” .....	25
3.3. As fraquezas do “Plataform Law, e o início de uma nova solução.....	27
3.4. A nova dinâmica da comunicação no século 21: “o discurso livre é um triângulo” .....	29
4. ANÁLISE COMPARATIVA: O CONTROLE DO DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS NO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO .....	31
4.1. Reafirmação da relevância da análise .....	31
4.2 A resistência a novas discussões e avanços .....	33
4.3. Quanto a presença do déficit legislativo .....	38
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	41
REFERÊNCIAS .....	44

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, como será demonstrado nos capítulos de desenvolvimento, é um dos direitos humanos, uma garantia essencial, definida pela Organização das Nações Unidas, em 1948:

### **Artigo 19**

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

No Brasil, todo ser humano, fundamentalmente (uma vez que é também garantida por meio do ordenamento interno, sendo um direito fundamental), tem direito à liberdade de opinião e expressão, sendo tal meio pelo qual se garante a dignidade da pessoa humana, e à democracia, pois compreende o diálogo e consolidação dos valores pelo qual estabelecemos, desenvolvemos e protegemos dita dignidade.

Por outro lado, na sociedade moderna e conectada, o alcance da expressão de cada indivíduo nunca foi maior, e a possibilidade, portanto, de atingir a projeção de personalidade de outros com suas opiniões é igualmente exponencialmente superior. Este é um mundo no qual pode ainda mais facilmente ocorrer a violação dos direitos de terceiros por meio do uso dos métodos de comunicação em massa, ou por meio da proliferação de discursos originários de outras fontes por meio destes.

O uso da internet como fonte mundial de comunicação se torna cada vez mais generalizado, e, a partir disso, abre brechas para a prática de infrações relacionadas a outros direitos, disponíveis e inatos a todos integrantes da sociedade.

Entre estas violações, será nosso foco o discurso de ódio, que será definido e discutido, mas que pode ser entendido como a ataque a dimensões da personalidade de outros indivíduos.

Este é um problema reconhecido globalmente, e que vem galvanizando países e diferentes ordens jurídicas a enfrentar. É necessário defender as projeções livres de personalidade, e não tolerar a intolerância e o estímulo a conflitos e ataques.

As dificuldades decorrentes da tensão entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão já foram observadas pela comunidade acadêmica, como demonstram as palavras de Meyer-Pflug (2009, p.140):

O discurso do ódio encontra-se no mundo das ideias e utiliza de expressões que muitas vezes podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras. Há de se atentar para o fato de que a vontade de eliminar o componente da expressão que existe no discurso do ódio acaba por desafiar o sentido comum de liberdade de expressão. Em algumas situações o Estado tem defendido a regulação de expressões e de opiniões em nome da preservação da liberdade de expressão.

Em análise acerca da liberdade de expressão, compreende-se que esta é essencial, tanto à dignidade do indivíduo, como à estrutura democrática do Estado, sendo assegurado o direito à livre manifestação do pensamento sem que ocorra a censura.

A dignidade, entendida como projeção da personalidade, como veremos, é um dos requisitos fundamentais para plenitude da condição humana, e esta não existe sem a liberdade de expressão. Afinal, por definição, a dignidade se trata de uma forma de respeito próprio, de noção do próprio valor, algo profundamente conectado as escolhas existenciais de um indivíduo. Sem liberdade de expressão não há declaração de convicção e individualidade, sendo, portanto, sua falta, um obstáculo para preservação e desenvolvimento da dignidade individual.

Destarte, através das vantagens e facilidades e as modificações propiciadas ao longo dos anos, a forma de propagação de ditas declarações vem se expandindo com seus novos meios. Através das mídias sociais, blogs, canais de informações e entretenimento, sites e diversas outras maneiras que emergem a cada dia. Sua presença e importância nas vidas das pessoas nunca foi tão grande, e sua proteção nunca foi tão essencial.

Contudo, a liberdade de expressão, mesmo com sua grande importância, assim como qualquer outro direito, não é absoluta, vale dizer, tem limites, entre eles aqueles postos nos direitos dos demais indivíduos, e na proteção de suas manifestações de personalidade.

Porém, ditas defesas, enfrentam obstáculos vertentes do desafio de estabelecer-se restrições sem causar violação do direito de liberdade de expressão, problema que se torna ainda mais difícil quando se leva em conta a presença de uma eventual posição preferencial em relação à proteção da liberdade de expressão em casos de colisões entre os direitos de personalidade.

O presente trabalho de conclusão de curso pretende se situar neste debate, iniciando em uma análise do nível de preparação jurídica do Brasil para enfrentar o proliferar do “discurso de ódio”, nas novas arenas das redes sociais. Para se explorar este tema, serão expostas as várias complexidades jurídicas envolvidas no combate ao “discurso de ódio”, entre elas a discussão quanto ao balanceamento entre a proteção da liberdade de expressão e a prevenção da violação



dos direitos de personalidade, ou, mais especificamente, o direito à dignidade, conceito que, na forma de ofensas e ataques às características individuais, culturais ou étnicas, define o campo atacado pelo assim definidos “discursos de ódio”. Todos os conceitos comentados neste parágrafo serão propriamente elaborados no primeiro capítulo desta monografia.

Em seguida, esta monografia será constituída principalmente pela contextualização e análise dos debates e limites para o confrontar deste novo paradigma tecnológico no caso americano, vale dizer, o debate e as ações levados a cabo hoje nos Estados Unidos, ponderando suas diferenças históricas, e de sistema jurídico, com as brasileiras.

Os Estados Unidos são escolhidos por alguns motivos. Primeiro, pela importância que dão, em sua arquitetura constitucional, historicamente, à liberdade de expressão, o que também ocorre no Brasil. Abordaremos, contudo, as diferenças fundamentais, entre Estados Unidos e Brasil, no que concerne à proteção constitucional, pelo judiciário, ou por via de Lei, aos direitos fundamentais, dentro das relações privadas.

Segundo, os Estados Unidos são a sede mundial das empresas responsáveis pela imensa maioria das redes sociais do planeta, razão pela qual, o debate ali travado e os problemas encontrados no controle de discursos de ódio são importantes e repercutem em todo o mundo. Serão expostos os limites e questionamentos que sofrem hoje o modelo de controle do discurso de ódio, entregue quase que exclusivamente às próprias empresas de internet, o *Plataform Law*, questionamentos estes, tanto no que se refere à baixa eficiência e ausência de padrão no próprio controle pretendido de discurso de ódio, quanto à ausência de correta proteção à liberdade de expressão, e aos direitos de defesa.

Será exposto, ainda, o debate que pretende superar os problemas apontados, e conciliar o controle efetivo do discurso de ódio e a liberdade de expressão, a partir da proposta de criação de uma dimensão triangular, com o estado intervindo na regulação das plataformas pelas empresas.

Em seguida, definidos os parâmetros do debate nos Estados Unidos, a presente monografia se propõe a problematizar os caminhos que o Brasil pode percorrer no tema. Com exato propósito de atender este objetivo de avanço, o trabalho terá como foco a maneira que tais conflitos ocorrem no âmbito dos novos contextos jurídicos que emergem no novo paradigma tecnológico que veio com o advento das redes sociais

Este problema de pesquisa encontra sua relevância na sua contribuição geral à análise de um grande período de adaptação jurídica que, como será exposto ao longo desta dissertação, o Brasil já está e vai por muito tempo continuar a enfrentar.

Para tanto, portanto, os seguintes tópicos serão enfrentados:

- Discutir e delimitar nossa definição de discurso de ódio, sua relevância e ameaça, assim como os obstáculos principais a sua restrição
- Analisar a alternativa de controle do discurso de ódio desenvolvido nos Estados Unidos, como exemplo de controle corporativo e privado, e apontar alguns de seus limites.
- Discutir se a realidade americana indica, ou não, o futuro brasileiro, que agora enfrenta problemas que a democracia americana tem mais experiência em enfrentar, com uma arquitetura e tradição constitucional, contudo, mais adaptada e sem oposição à interferência nas relações privadas, com base na Constituição.
- Concluir, com dilemas e caminhos para enfrentar o problema do controle do discurso de ódio, e proteção à liberdade de expressão, nas redes sociais em todo o mundo, e no Brasil de hoje.

Passemos ao desenvolvimento.

## **2. O DISCURSO DE ÓDIO E OS OBSTÁCULOS AO SEU COMBATE**

### **2.1. O que, afinal, é o discurso de ódio?**

Desde que o ser humano dominou as palavras, este criou múltiplas maneiras de utilizar ditas palavras para comunicar qualquer tipo de expressão. Entre elas está uma ferramenta que, pelo menos entre os autores citados ao longo desta monografia, é muitas vezes nomeada, porém não precisamente definida: o “discurso”.

O conceito de discurso é importante, e é trabalhado e construído de forma diversa na teoria da comunicação, na semiótica, e nas diversas escolas filosóficas.

Busquemos o conceito que encontra raízes na escola clássica grega – com certeza mais próximo ao direito moderno, caudatário do direito romano, este, por sua vez, com raízes na lógica -, retrabalhado pelos construtores do pensamento científico, tais como Descartes, Kant e Espinosa, conforme definido no “Dicionário de Filosofia”, de Ferrater Mora, citado pela doutora em comunicação, e Professora da Universidade de São Paulo, Rosana de Lima Soares:

No primeiro sentido, o discurso contrapõe-se à intuição, a partir de filósofos como Platão, Aristóteles, Plotino, Santo Tomás de Aquino e, modernamente, René Descartes, Emanuel Kant e Baruch Espinosa, entre outros. O autor ressalta que tal contraposição não equivale à exclusão de um termo em favor do outro, mas à consideração do processo discursivo como uma forma de pensamento apoiada no pensar intuitivo. A intuição forneceria o conteúdo da verdade; o discurso, a forma. Nenhum desses filósofos rejeitou no processo de conhecimento um desses aspectos em detrimento do outro; o que neles varia são os graus de importância atribuídos a um ou a outro lado. Nessa concepção, afirma Ferrater Mora, o «discursus» se refere à passagem («cursus») de um termo a outro (ou de uma proposição a outra) no processo de raciocínio, detendo-se ao se deparar com uma proposição considerada “evidente por si mesma”.

No segundo sentido, o autor retoma Aristóteles, afirmando que neste filósofo já se encontrava a definição de «discurso» como uma declaração verbal – um som vocal ou uma série de sons vocais, chamados pelos escolásticos de vox – que possui uma significação convencional em que cada uma das partes pode ter um significado isolado em termos de dicção, mas não de afirmação ou negação. Ao dizer uma palavra nos referimos a algo mas nada afirmamos ou negamos sobre sua existência. Dos sons vocais chegou-se à concepção de discurso como um conjunto de signos escritos, estabelecendo uma primeira divisão entre discurso oral e discurso escrito. Entretanto, nessa concepção nem toda combinação de vocábulos pode ser chamada “discurso”. Os discursos devem ter caráter enunciativo e articulam-se a partir de conceitos ou termos de tal forma encadeados que exprimam «algo acerca de algo». A definição de discurso em Aristóteles aproxima-se da definição de proposição, desta se diferenciando por não se aplicar apenas à lógica. (SOARES, 2008, p. 6-7).

O discurso, portanto, é, uma tentativa de construir, ou expor, o que se pretende como verdade, e também conceitos encadeados para exprimir uma ideia. Para os propósitos desta monografia, “discurso” será também, contudo, a utilização de qualquer meio de expressão pelo qual o locutor procura causar reação em seu ouvinte, por meio do qual este pode causar mudança no ambiente em que vive, ou até definir a relação do locutor, ou até mesmo do ouvinte, com ideias e conceitos, com a sociedade e até mesmo com eventos atuais, passados ou futuros.

Com os avanços da internet, o discurso tem sido utilizado nas redes sociais para atacar pessoas ou grupos vulneráveis, com conteúdo que procura expressar e semear ódio entre indivíduos e entre grupos sociais, um problema que cresce em velocidade epidêmica.

O ódio, assim como o afeto, é reconhecido pelo direito brasileiro, um elemento qualificador de ato ilícito, uma distinção que deve ser propriamente identificada e não pode ser ignorada.

Para se enfrentar um problema, é preciso compreendê-lo, e logo se deve fazer a seguinte pergunta, e próximo passo a esta monografia: O que, exatamente, é o discurso de ódio?

Existem vários entendimentos do discurso de ódio, variando entre países e autores diferentes. Ingo Sarlet, reconhecendo que se trata de um conceito aberto e abrangente, define o discurso de ódio como sendo aquele que “envolve todos os casos que expressam manifestações voltadas para a cultura da humilhação, englobando ações como cyberbullying, revenge porn e o assim chamado linchamento virtual” (SARLET, 2019, p. 1208).

Daniel Sarmento segue a mesma linha, e afirma que

[...] manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – (são) tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “hate speech” (SARMENTO, 2006, p. 2).

Richard Wilson e Molly Land, da Universidade de Connecticut, em texto de 2021, buscando definir a questão do discurso de ódio e suas relações com as mídias sociais nos Estados Unidos, buscam um conceito ainda mais abrangente e completo, e também nos introduzem a um dos pontos centrais da definição americana de discurso de ódio: que este apenas se classifica como discurso de ódio se “incitar ameaça”.

*Synthesizing free speech theory and Critical Race Theory, Andrew Sellars identifies eight traits indicative of hate speech: (1) the speech targets a group, or individual as a member of a group; (2) the content in the message expresses hatred; (3) the speech causes harm; (4) the speaker intends harm; (5) the speech incites harmful acts beyond the speech itself; (6) the speech is either public or directed at a member of the group; (7) the context makes a violent response possible; and (8) the speech has no redeeming purpose.<sup>31</sup> In sum, modern legal definitions of hate speech have moved away from prohibiting merely offensive speech and concentrated more on incitement or threat, that*

*is, forms of speech that are already banned by most national legal systems.*  
(WILSON; LAND, 2021, p. 1037).

Para os propósitos deste texto, considerando os conceitos acima delineados pelos quatro autores citados, e tomando desde já posição crítica ao citado “ponto central” americano, consideraremos discurso de ódio aquele que, em matéria de natureza e objetivo, consiste na divulgação de mensagens que alastram e estimulam ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância, e que tem o propósito de justificar a negação de direitos, a segregação social e até a agressão física daqueles que são alvos dos ditos discursos.

## 2.2. Nocividade do Discurso de Ódio

Embora uma pesquisa profunda quanto aos danos causados pelo discurso de ódio escape do escopo desta monografia, apresenta-se desde já a posição de que a proliferação do discurso de ódio fundamentalmente constitui violação dos direitos de personalidade de seus alvos, e da dignidade humana.

Os direitos de personalidade – reconhecidos nosso código civil, e com proteção constitucional – são direitos personalíssimos, e, para Daniel Sarmiento, projeções, na esfera privada, dos direitos humanos [vida, igualdade, devido processo e julgamento justo, liberdade de pensamento e de expressão, etc], e, em verdade, um valor, o mais importante do ordenamento, que se irradia para todos os campos do direito (SARMENTO, 2004, p. 123 e 129).

A dignidade humana, sob o entendimento brasileiro, é uma garantia fundamental delineada no Art. 1º, III, da Constituição Federal do Brasil. Portanto, não há dúvida que está se trata de um dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro dá múltiplas respostas para definição do conceito de dignidade, e de como se atende a demanda estabelecida pelo compromisso a sua garantia. Para propósitos desta monografia, será utilizada a definição formulada pelo constitucionalista e Ministro Alexandre Moraes (2017):

Um **valor espiritual e moral inerente à pessoa**, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz **consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas**, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, **somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais**, mas sempre sem menosprezar a necessária **estíma** que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (grifo nosso)

Essencialmente, considera-se aqui, como demonstra-se por grifo nosso, que, nas discussões desta monografia, a garantia da dignidade humana é considerada como suprida

quando os valores espirituais e morais de um indivíduo têm garantia de respeito por parte do resto da sociedade, e quando é garantido que o exercício dos direitos fundamentais dessa pessoa não seja reprimido, de forma a que possa afetar negativamente a autodeterminação de um indivíduo. Percebe-se, nesta particular interpretação da dignidade humana, que se tem como prioridades a proteção do indivíduo de ações danosas, a sua estima por parte de outros (para estabelecer garantia da “pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”) e também, especialmente em casos no qual haja necessidade de restringir direitos para impedir ditas ações danosas, a garantia de todos os outros direitos fundamentais, pois falha em suprir estes outros direitos, também é considerada como sendo danosa à estima da pessoa. Existe, portanto, um nível significativo de cuidado que deve ser aplicado quando se procura restringir, ou regular, a capacidade individual de se atacar a dignidade de outros, um conflito que será elaborado no próximo tópico deste capítulo.

Reitere-se alguns dos possíveis elementos promovidos pelo discurso de ódio, pela definição utilizada nesta monografia, ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância a outros grupos sociais, grupos normalmente interligados por elementos pessoais essenciais para sua autodeterminação, como raça, religião e sexualidade. Neste sentido, quando o indivíduo manifesta seu ódio, é inegável que este ato fere à dignidade da pessoa humana, pois sua finalidade é precisamente atacar pilares de sua estima.

A natureza deste discurso é inegavelmente adversa ao multiculturalismo da sociedade contemporânea, e à consagração da dignidade humana, porquanto, aborda de maneira hierárquica diferentes grupos sociais, avaliando alguns como menos dignos de valor, do que outros por natureza, e, logo, nega a dignidade de indivíduos pertencentes a estes grupos, aos quais são negados o direito de ter orgulho de sua identidade e existência.

Não é surpresa, considerando tudo já exposto, que a intencional proliferação do discurso de ódio seja já reconhecida como ato ilícito no Brasil, e considerado também como um ataque aos Direitos Humanos, sendo tal discurso o meio que o indivíduo aproveita para instigação de violência contra grupos sociais particulares. Estes discursos se desenvolvem sistematicamente, com raízes em já estabelecidos e distorcidos comportamentos de aversão ao outro, ao diferente, não podendo ser visto como uma simples opinião individual, e sim como uma manifestação de preconceito, que danifica a plenitude do convívio social em uma sociedade moderna.

Necessário então se distinguir, de alguma forma, para os fins do presente texto, preconceito, separando-o da genérica e valorizada opinião.

Preconceito, em exemplos de como surge entendido na linguagem, e dicionarizado, é:

1. conceito ou opinião formados antes de ter os conhecimentos necessários sobre um

determinado assunto; opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou razão; prevenção (PRECONCEITO..., 2022a)<sup>1</sup>; 2. Opinião (favorável ou desfavorável) formada antecipadamente, sem fundamento sério ou análise crítica; julgamento desfavorável formado sem razão objetiva; sentimento hostil motivado por hábitos de julgamento ou generalizações apressadas; intolerância<sup>2</sup> (PRECONCEITO..., 2022b).

Podemos entender, portanto, que, se a opinião representa uma exteriorização de experiências, sentimentos e valores do ser humano, o preconceito, entendido como uma opinião pré-concebida e distorcida, é sintoma de problema social, normalmente produto ou consequência de relações de supremacia de um grupo sobre outro. Logo, não se pode reduzir o discurso de ódio a uma simples manifestação de opinião, sendo mais do que tolerável, necessário na verdade, seu controle e até repressão, na medida em que nocivo à dignidade humana.

A aplicação de medidas que enfrentem estes discursos, no entanto, encontram obstáculos. Primeiramente apresentamos uma das maiores complexidades que cercam o combate do discurso de ódio: o balanceamento deste combate com a proteção dos direitos de liberdade de expressão.

### **2.3. O obstáculo sempre presente: A colisão de direitos fundamentais**

Neste ponto, devemos enfrentar um debate muito mais antigo do que o advento das redes sociais: o choque entre controle e repressão a modalidades de discurso de ódio e a liberdade de expressão. Oposição está, contudo, cada vez mais relevante, não apenas pela gravidade da circunstância de que falha em executar o dito balanceamento constitui violação de um direito fundamental, mas também, pelo simples fato de que este debate está, conforme anteriormente Bdito, fundamentalmente ligado à garantia da dignidade humana, um desafio constante em qualquer tipo de regulação de discurso público.

Primeiramente, temos que definir o que seria a liberdade de expressão, para os propósitos desta monografia. A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto no artigo 5º, inc. IV, V, IX, e artigo 220 da Constituição Brasileira de 1988, e constitui uma proteção da capacidade de expressão do cidadão comum, conceito que “abrange qualquer

---

exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e atos de vontade”. (RODRIGUES JÚNIOR, 2009, p. 60)

A liberdade de expressão é possivelmente o direito fundamental que mais colide com a proteção da dignidade, e não sem motivo. Como afirma Sarmiento (2006), a garantia liberdade de expressão é um elemento por si só importante para proteção da autodeterminação do indivíduo. Pode-se ver o porque de nas anteriormente citadas palavras de Rodriguez, as ditas “expressões” configurarem qualquer tipo de comunicação dos elementos constitutivos da autodeterminação do indivíduo. Ao se restringir tais comunicações, pode se dizer que o Estado está atacando os valores internos daquela pessoa, e, portanto, atacando sua autoestima e capacidade de autodeterminação, falhando então, na proteção da dignidade humana.

Além das expostas complexidades inerentes à relação entre liberdade expressão e a dignidade humana, existem também complicações inerentes a uma característica incomum da proteção da liberdade de expressão: em casos de colisões de direitos fundamentais, pode-se constatar uma tendência na história e na jurisprudência recente a se dar prevalência à defesa da liberdade de expressão, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil. No entanto, não se afirma, de maneira alguma, que ao direito à liberdade de expressão é dada primazia absoluta no direito brasileiro. De fato, e como informa Sarmiento (2006), não é permissível se definir primazia absoluta para nenhum direito fundamental, uma vez que deriva da constituição brasileira a presunção de igualdade na relevância entre os direitos fundamentais.

Mais do que isso: a teoria jurídica – ademais diante de Constituições analíticas, como o é a brasileira, extensa na aposição de regras, e na adoção de princípios – há muito preconiza a necessidade de ponderação entre princípios, aparentemente colidentes no caso concreto, de forma proporcional, de modo a que não se anulem, e que se maximizem (a exemplo da já exposta relação entre dignidade humana e liberdade de expressão). Neste sentido, estão os ensinamentos seminais de Robert Alexy (2008).

Ainda assim, permanece inegável que a defesa da liberdade de expressão é muitas vezes entendida como um direito tão essencial que acaba sendo dado ao menos uma preferência inicial, sendo observado por Sarmiento e Sarlet que existe pelo menos uma maior facilidade para se formular argumentos em favor da prevalência da proteção da liberdade de expressão, do que o contrário, em casos práticos nos quais ocorrem as colisões com outros direitos. Tal fato pode, como acontece nos Estados Unidos (e será exposto na análise de seu contexto específico, no capítulo seguinte desta monografia), ter origem na circunstância de que a visão da liberdade de expressão como algo essencial é um entendimento profundamente enraizado no ordenamento



jurídico dos dois Países escolhidos para exame, Estados Unidos e Brasil, especialmente quando comparado ao entendimento menos concreto de dignidade humana.

A liberdade de expressão é reconhecida, reitera-se, como um direito fundamental na constituição brasileira, e o entendimento de que esta é componente essencial para plenitude das democracias modernas é ecoado por aqueles que realizaram pesquisas mais profundas que o escopo desta monografia permite. Como exemplo, Canotilho (2014) estipula que a liberdade de expressão deve incidir sobre todo o ordenamento jurídico, sendo essencial para qualidade de um sistema democrático de direito. Afinal, a própria democracia, devido a sua dependência na formação de agrupamentos de opinião livres e públicos, tem como fundamento a liberdade de expressão, e de organização.

Tal é o entendimento de Norberto Bobbio que, por exemplo, e em síntese, refletindo com as ideias e influências de Rousseau e Stuart Mill, entre outros, na formação do que modernamente se concebe como democracia, afirma que a tradição republicana funda-se na doutrina clássica da soberania popular (formação de uma vontade geral inalienável) - que se confunde, em Rousseau, e no contrato social, com a democracia direta -, enquanto a chamada democracia liberal (única viável nos cada vez maiores estados unificados modernos, em que inconcebível a democracia direta), evolui para uma organização em que a participação se funda no reconhecimento e garantia de alguns direitos fundamentais, tais como a liberdade de pensamento, e o de exprimir a própria opinião, reunir-se e associar-se para influir na política de um País (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1991, p. 323-324) Não há, pois, de se conceber a democracia representativa moderna sem a liberdade de expressão, pilar fundamental dos debates, da associação e da representatividade.

No mesmo sentido, expõe Daniel Sarmento:

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares.

Por isso, o ideário democrático não se circunscreve à exigência de eleições livres e periódicas. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade. Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às ideias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política. (SARMENTO, 2006, p. 32).

Toda esta centralidade da liberdade de expressão, quando balanceada, ou contrastada, com a defesa da dignidade humana - um conceito mais vago e que depende da concessão de seu direito “competidor” para que seja confirmado o atendimento pleno de suas demandas -,

acaba criando uma tendência a se presumir que, em colisões de direito entre estes dois direitos, a liberdade de expressão toma precedência. E, uma vez que medidas legislativas para regulação do discurso de ódio são, por sua própria natureza, casos de conflito e colisão entre esses direitos, tal tendência acaba se constituindo – conforme será melhor exposto na sequência desta monografia - em um constante obstáculo ao controle da deliberada proliferação de discursos de ódio, ato que, como estabelecido anteriormente, viola direitos personalíssimos e fundamentais de indivíduos vulneráveis.

De fato, embora sejam estes também direitos fundamentais, a proteção destes, ao menos até os momentos atuais, acabava em muitos casos sendo considerada secundária à garantia da liberdade de expressão do ofensor. Mesmo que fosse reconhecido ato ilícito por parte do discursante, e este seja propriamente punido por crimes contra honra, ainda assim a contínua ocorrência do crime não era comumente vista como justificativa para restrições preventivas do direito de liberdade de expressão.

O que, na prática, esta posição preferencial estipulava, portanto, é que, em caso de qualquer dúvida quanto à legitimidade constitucional da restrição, seria priorizada a proteção da liberdade de expressão.

As vítimas se encontrariam em situação diante da qual só poderiam obter reparação adequada por meio da prova de dolo ou culpa grave para conseguir êxito em uma ação ajuizada contra o meio de comunicação, em situação em que o ônus argumentativo para a restrição ficaria a cargo daquele que alega a violação, como assim nos informam Stroppa e Rothenburg (2015).

Nesta linha, a própria constituição específica, primariamente, em relação à liberdade de expressão, que não podem ser-lhe apostas restrições, senão apenas aquilo que é “*observado o disposto nesta Constituição*”, (art. 220, caput), (BRASIL, 1988), ou seja, só as fronteiras de outros direitos fundamentais acabam servindo como fonte de necessária restrição.

A única aparente exceção seria em caso de necessária proteção do Estado. Em tais casos a Constituição estipula, no particular caso de estado de sítio (art. 139, III), a possibilidade de “restrições[...] à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”.

Como direta consequência de tudo isto, a simples realidade é que, ao menos até o advento das pressões e problemas de uma sociedade interligada eram, e ainda são, requeridas circunstâncias extraordinárias, para que se faça possível a restrição da liberdade de expressão. E, como resultado, uma tarefa já fundamentalmente complexa, a proteção da dignidade humana, torna-se ainda mais difícil de se realizar na prática, e os grupos sociais atacados permanecem vulneráveis.

Em outras palavras, como fechamento deste tópico, o que se observa é um problema de difícil solução, mesmo na melhor das hipóteses. Enfrenta-se constantes obstáculos para formação de precedentes que permitam o sofisticar do entendimento jurídico brasileiro de como lidar com esses conflitos, sem deixar de atender a ambas as garantias fundamentais que a constituição brasileira, supostamente, coloca em pé de igualdade. Tais fatos são indicadores de futuro preocupante, pois, como se expõe a seguir, a mudança de contexto que os meios de comunicação e expressão sofreram na era da internet, cria suas próprias complexidades, e amplifica a gravidade dos ataques a grupos vulneráveis.

#### **2.4. O novo paradigma: O advento das redes sociais**

Os parâmetros do problema do discurso de ódio mudaram, e esta percepção é global. De fato, com avanço da tecnologia da era da informação, e muito em particular, com as redes sociais, a manifestação de cada indivíduo passa a ter facilmente potencial alcance global, o que, se a luz da desejável atomização de oportunidades na difusão de ideias, é criativo, e positivamente disruptivo, por outro, pelo lado de potencial dano, deixa cada indivíduo e grupo social vulnerável a ataques, escondidos sob anonimato e distância, de quem quer que seja.

É conhecida e, absolutamente verdadeira, a máxima do filósofo, semiólogo e escritor italiano, Umberto Eco, de que a internet deu voz aos idiotas da aldeia, a quem antes ninguém precisava ou pensava em dar atenção<sup>3</sup>. A internet mistura e iguala, de fato, os sábios e cientistas, aos ignorantes e sem base, de uma forma não discernível facilmente, o que a torna um campo fértil, portanto, mais do que nunca, à profusão de ideias preconceituosas, de ataques a grupos e indivíduos vulneráveis, ao discurso de ódio.

Há de se fazer face a este desafio, e executar a ponderação concreta de direitos, todavia, sem que se faça florescer, com justificativa de defesa contra o ódio, qualquer que seja a censura a ideias que incomodam os grupos afluentes, ou mesmo aos governos. Ideias incômodas não podem ser igualadas a discurso de ódio.

Ponderar, portanto, é preciso, cuidando para que a essência do direito democrático de se expressar seja mantido. Um caminho para se enfrentar esse inevitável dano, e esta dicotomia, começa com o suplantar da errônea interpretação, utilizada por várias democracias atuais - entre

---

<sup>3</sup> “As mídias sociais deram o direito à fala a legiões de imbecis que, anteriormente, falavam só no bar, depois de uma taça de vinho, sem causar dano à coletividade. Diziam imediatamente a eles para calar a boca, enquanto agora eles têm o mesmo direito à fala que um ganhador do Prêmio Nobel”. (6 IDEIAS..., 2016)

elas os Estados Unidos e o Brasil, que são o foco desta monografia -, que estipula uma presunção de que a liberdade de expressão não existe no debate público, se houver interferência ou regulação de qualquer tipo por parte do Estado sobre estes debates e as ideias que circulam nestes.

Não apenas da participação do Estado não decorre fim da liberdade de expressão; este pode agir em garantia dessa liberdade, para aqueles grupos que, sem a garantia do Estado, não conseguem se expressar no espaço público, porque não confiam no ambiente hostil criado pelo discurso de ódio proliferado, como assim será demonstrado nos capítulos a seguir.

No capítulo que se segue apresentamos como este debate – e esta ponderação – estão se desenrolando nos Estados Unidos, exemplo importante de direito comparado, não apenas pela centralidade que ali foi dada à liberdade de expressão, em uma democracia já de 230 anos, mas também, como já antes citamos, pelo singelo, porém essencial, fato de que as redes sociais são providas e controladas por empresas em sua enorme maioria sediadas em território e sob as Leis dos EUA.

As reflexões hoje levadas nos EUA permitirão avançarmos na problematização da questão também no Brasil.

### **3. O CASO DOS ESTADOS UNIDOS**

#### **3.1. O Contexto Histórico e Jurídico Americano**

O contexto americano é de especial interesse para os objetivos da presente monografia, devido, acima de tudo, ao fato que o país é uma democracia moderna que presentemente está em processo de adaptação de seus métodos de regulação do discurso público, devido ao novo paradigma criado pelas redes sociais, como assim apontam, entre outros, Balkin, Wilson e Land. Analisando a maneira que o país reagiu e experienciou estas mudanças, pode-se teorizar as mudanças que o Brasil pode necessitar, assim como melhor compreender os desafios que, como será elaborado, este já está enfrentando.

Porém, é necessário se contextualizar os entendimentos histórico-jurídicos americanos antes de tudo, para se ter plena compreensão do significado das mudanças na metodologia do país. Além disso, é necessária tal contextualização para se estabelecer desde logo as maneiras que os entendimentos jurídicos e modelos de regulação de discurso americanos diferem dos brasileiros.

Primeiramente, se introduz característica que é essencial para compreensão de qualquer discussão sobre a interferência estatal sobre o livre discurso nos Estados Unidos: a imensa importância dada nos Estados Unidos à proteção da liberdade de expressão. Dita importância foi reconhecida por vários membros da comunidade acadêmica. Daniel Sarmiento, por exemplo, diz:

Embora a garantia da liberdade de expressão tenha sido incorporada à Constituição norte-americana ainda em 1791, por ocasião da aprovação da 1ª Emenda, foi apenas no curso do século XX, após o fim da 1ª Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário norte-americano. Desde então, tem-se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana. (SARMENTO, 2006, p. 5).

Tal primazia ecoa o “protagonismo” que a proteção da liberdade de expressão demonstra no direito brasileiro, mas sem dúvida ultrapassa a este, em escala e efeito. Não apenas o direito é claramente visto como o que tem mais “valor” entre os direitos fundamentais garantidos pela constituição americana, mas, como se expõe a seguir, a primazia dada a proteção da liberdade de expressão tem evidente influência na maneira que o país combate o discurso de ódio.

Neste sentido, parafraseando-se a análise de Sarmiento (2006), define-se aqui, a partir do modelo de que emerge das decisões da Suprema Corte, e do entendimento judicial acerca da constituição americana, que, na defesa da liberdade de expressão, o combate ao discurso do ódio – ou a qualquer proposta ou ideia – deveria ocorrer por meio da discussão, do debate, e não da censura, especialmente a censura executada pelas mãos do Estado.

De fato, esta noção de um Estado garantidor das liberdades, como essencial na democracia, guarda referência também com o conceito de que o livre debate – a liberdade de expressão – é essencial e inafastável para a construção da verdade. Veja-se, sobre isso, e uma vez mais, Daniel Sarmiento, citando as reflexões de Stuart Mill:

A ideia básica da liberdade de expressão como instrumento para a obtenção da verdade parte da premissa de que, no contexto do debate livre entre pontos de vista divergentes sobre temas polêmicos, as melhores ideias prevalecerão. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade.

O mais importante defensor desta teoria na filosofia política foi John Stuart Mill, grande pensador liberal e utilitarista inglês do século XIX. O capítulo II da sua obra *On Liberty* – certamente a mais conhecida defesa da liberdade de expressão no âmbito da filosofia –, baseia-se exatamente na necessidade de proteção desta liberdade como meio de atingimento da verdade. Como um liberal, Mill preocupava-se com a possibilidade de os governos, ainda que a

serviço da vontade das maiorias, suprimirem do espaço público posições não ortodoxas ou impopulares sobre questões controversas. Mas, para ele, a principal razão para a proteção da liberdade de expressão não estaria ligada ao direito de quem se expressa, mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as idéias de cada um, ainda que elas sejam erradas. (SARMENTO, 2006, p. 29-30).

Tal panorama e conceito – a centralidade da liberdade de expressão, e a garantia de não interferência do Estado - é fundamental ao direito americano, posição compreensível, de uma nação que se forjou a partir de pequenos proprietários e comerciantes, com forte sentimento comunitário, e de cidadania, e que se desenvolveram com grau de liberdade de organização razoável, mas que, em determinado instante, movida por restrições crescentes, teve de lutar contra o mais poderoso Estado nacional de seu tempo – a Inglaterra -, pela sua independência. Organização e direito de existir.

Veja-se, por exemplo, como explana Luís Roberto Barroso:

A partir do século XVII, a costa leste da América do Norte começou a ser povoada por colonos ingleses, que migraram para o novo continente por motivos variados. Até meados do século XVIII, quando tiveram início os conflitos, as colônias eram leais à coroa britânica e gozavam de razoável autonomia. Ao lado disso, beneficiavam-se da tradição inglesa do poder contido, e institucionalizado: o governador era designado por Londres, mas havia um corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais (que preenchessem os requisitos de propriedade), bem como um judiciário independente. Todavia, imposições tributárias e restrições às atividades econômicas e ao comércio romperam a harmonia com a metrópole. As relações tornaram-se tensas ao longo da década de 1760, agravando-se drasticamente após episódios como *Stamp Act*, de 1765, o massacre de Boston, de 1770, e o *Boston Tea Party*, em 1773. (BARROSO, 2010, p 15).

Além disso, a livre circulação e divulgação de ideias, que se embriavam do iluminismo e dos embates que no outro lado do atlântico (revolução francesa), e que se combinavam em propostas revolucionárias de construção de Estado e de Governo, foram essenciais na revolução americana, e na configuração e conformação da Constituição dos Estados Unidos da América.

Seu mais clássico exemplo, foram, os ensaios “O Federalista”, de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, publicados em jornal, entre 1787/1788. John Jay foi o primeiro Presidente da Suprema Corte dos EUA. Alexander Hamilton veio a ser o primeiro Secretário do Tesouro dos EUA, e, assim como Jay, um dos principais assessores de George Washington, primeiro presidente. James Madison seria eleito, em 1808, o quarto presidente dos EUA, mas, antes disso, é reconhecido como principal redator da Constituição dos EUA, aprovada em 1787, mas que ainda passou por duros debates nos estados até ser ratificada.

Os artigos, contudo, foram publicados anonimamente, pela imprensa de Nova York, com objetivo de influenciar (favoravelmente) a ratificação da constituição, sob a assinatura de “*publius*” (amigo do povo), sendo revelado o segredo de quem eram os autores apenas após a morte de Hamilton, em 1804. Traziam a defesa de uma Federação, um Estado central, em contraposição com a inicial ideia de uma Confederação de 12 províncias independentes (as 12 colônias originais), sempre dentro, contudo, de limitações bem definidas ao poder central, em relação aos indivíduos, (LIMONGI, 1991).

Curioso se lembrar que a Constituição americana, de apenas sete artigos, trazia a base das maneiras que a nova nação pretendia se diferenciar da Inglaterra – está uma monarquia parlamentar, aquela uma república presidencialista; a antiga metrópole um estado central, a nova república uma inédita experiência de federação (DAVID, 1993) -, uma forte raiz de separação e contenção mútua de poderes, mas não trazia uma lista de direitos individuais.

Segundo Daniel Sarmento (SARMENTO, 2004), isto não se deu, todavia, por qualquer desvalor aos direitos fundamentais, e sim em razão de se imaginar inicialmente desnecessário, e até limitador, um rol de direitos – temor de que o Estado em algum momento considerasse que estaria liberado para restringir o que não estivesse expressamente defendido na Constituição -, apostando-se em mecanismos institucionais de defesa da liberdade, como o federalismo e a separação de poderes.

O rol de direitos fundamentais, contudo, veio a ser incluído de imediato, ainda em 1791, com as primeiras dez emendas, solidamente ancoradas na liberdade individual (SARMENTO, 2004), sendo que, conforme já referido, e não por acaso, a liberdade de expressão está consagrada na primeira emenda (DAVID, 1993), bem se demonstrando a centralidade de tal direito para a democracia que ali se pretendia construir.

Do mesmo contexto histórico, como será demonstrado por meio das informações de Bello Filho e Camarão, emerge uma profunda – e ainda arraigada em várias situações, tal como a defesa da liberdade de expressão - desconfiança primária contra qualquer regulação jurídica, de atividades privadas ou individuais, por parte do Estado. Houve relativizações desta construção liberal, em alguns setores, como se deu, por exemplo, na mudança de entendimento e liberação de leis e controles estatais sobre a atividade econômica, construída – não sem sobressaltos, e conflitos, inclusive principiológicos – nas primeiras décadas do século XX, até 1937.

De fato, entre as últimas décadas do século XIX e os anos 30 do século XX a Suprema Corte dos EUA construiu forte jurisprudência no sentido de considerar inconstitucionais e barrar iniciativas legislativas, dos estados (principalmente) e federais, que pretendessem de alguma forma regular a atividade econômica. Prevalcia, portanto, o conceito de contenção do estado. O marco mais importante foi a Decisão em *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte, sob argumento de impossibilidade de admitir limitação ao direito de contratar, barrou uma lei do Estado de Nova York que limitava o número de horas de trabalho em padarias. Diante da depressão econômica dos anos 30, o Presidente Franklin Roosevelt (eleito em 1932, e sucessivamente reeleito, até sua morte, em 1945) apresentou um grande programa de recuperação, que se baseava, fortemente, na atividade econômica direta pelo Estado e na interferência econômica na economia.

Suas primeiras iniciativas, contudo, foram barradas, por inconstitucionais, e apenas em seu segundo mandato, quando se elegeu com fortes críticas à Corte, e com maioria esmagadora, encaminhou ao Congresso projeto aumentando o número de cadeiras na Suprema Corte – o projeto era chamado simplesmente de *Court Packing Plan*, “empacotar a Corte” -, o Tribunal cedeu, e proferiu várias decisões acatando o chamado estado de bem-estar social, e a regulação econômica (SARMENTO, 2004).

Veja-se como também descrevem o episódio Bello Filho e Camarão:

Economicamente, os Estados Unidos da América estavam vivenciando a fase da Grande Depressão decorrente da quebra da Bolsa de Nova York em 1929. Era uma época de forte concentração de poderes no Executivo e de vasta regulamentação burocrática dos negócios privados. Setores da economia americana como bancos e operações bancárias, estradas de ferros e o transporte por caminhões, fornecimento de luz elétrica, rádio e petróleo, entre outros, estavam legal e rigidamente controlados pelo governo. Além disso, apenas 135 (cento e trinta empresas) possuíam 45% (quarenta e cinco por cento) das ações industriais dos EUA ou cerca de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do volume das manufaturas do mundo inteiro. A concentração do poder econômico desempenhou papel importante nesse “comodismo social” e criou o clima adequado para a existência do aludido controle estatal da economia. (RODRIGUES, 1992 apud BELLO FILHO; CAMARÃO, 2014).

De mais a mais, não se pode nunca esquecer a inestimável importância da Suprema Corte no período do New Deal. A decisão de Hughes e Roberts de endossar a política do bem-estar social em 1937 era, segundo Ackerman, a consequência relativamente previsível das mudanças doutrinárias significativas que já haviam acontecido antes que uma batalha de alta visibilidade tivesse começado. A denominada “mudança imediata” não era um produto da política, mas o resultado verdadeiro da aplicação da lei (ACKERMAN, 2009 apud BELLO FILHO; CAMARÃO, 2014).



Em 1935 e 1936 a Corte Suprema declarou inconstitucional o National Industrial Recovery Act (N.I.R.A.) e o Agricultural Adjustment Act, por serem matéria fora do poder de comércio do Congresso. Em *Morehead v. New York* (1936) a Corte afirmou que tanto a União como os Estados não possuíam poder de legislar sobre o salário-mínimo.

As intervenções da Corte Suprema na economia eram tantas que o Presidente Roosevelt preparou um pacote de mudanças na estrutura do Judiciário americano. Estava em curso uma verdadeira “batalha”.

Ocorre que a partir de 1937, em razão da conjuntura política já explicada em tópico anterior, a Corte Suprema passou a proferir várias decisões a favor do New Deal, admitindo o salário-mínimo, previdência das estradas de ferro, impostos penalizadores para armas de fogo, entre outras medidas. Em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steer Corp.* (1937), a Corte maximizou o poder do Congresso dentro da cláusula de comércio. (BELLO FILHO; CAMARÃO, 2014, p. 4, 6-7).

Em larga medida, contudo, estas ocorrências foram vistas como exceções necessárias, e, em sua linha majoritária de interpretação constitucional, os Estados Unidos parecem permanecer presos à visão da liberdade como um direito que só existiria na completa ausência de interferência Estatal, independente da natureza de tal interferência, mesmo se tal tivesse o propósito de proteger direitos fundamentais de seus cidadãos. E isto é particularmente verdadeiro no que tange à liberdade de expressão.

Comenta quanto a esta tendência, e suas consequências, Sarmiento:

Outro fator decisivo, diretamente ligado aos antes mencionados, é a profunda desconfiança em relação ao Estado, acompanhada de um certo otimismo – nem sempre justificado – em face do mercado, sobretudo no que tange à discussão de ideias. Permeia todo o Direito Constitucional americano a visão do Estado como o grande adversário dos direitos, e não como uma entidade muitas vezes necessária para promovê-los e proteger os mais fracos dos mais fortes no quadro de uma sociedade desigual. Em matéria de liberdade de expressão, esta tendência é especialmente pronunciada, e tem se evidenciado numa jurisprudência altamente libertária, que vê com grande suspeição qualquer iniciativa estatal na área do debate público, mesmo quando destinada a pluralizar as vozes na arena de discussão e ampliar a participação dos segmentos excluídos do mercado comunicativo. (SARMENTO, 2006, p. 12)

Como diz o autor, esta extrema desconfiança na interferência Estatal é acompanhada de um paralelo excesso de confiança na eficiência do “mercado” de ideias, na capacidade da pura e livre discussão de ideias como sendo suficiente para evitar e combater efeitos negativos de discursos nocivos.

Igualmente a construção parece ignorar a pressão que o discurso ofensivo, o discurso de ódio no sentido já definido neste texto, pode exercer sobre determinados cidadãos e grupos

sociais, notadamente se estiverem em posições mais vulneráveis, minoritárias, ou de menor organização ou capacidade de defesa social.

Neste sentido, Sarmiento ataca, como falaciosa, a premissa - implícita em que o discurso de ódio se resolveria por debates, e não por supressão – de que os grupos e cidadãos seriam iguais, ou teriam a mesma capacidade de organização e mobilização. Não é como se movem atores sociais de carne e osso:

No que tange à própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos. (SARMENTO, 2006, p. 12).

Estes fatores conjuntos estão expressos em uma histórica jurídica extremamente libertária, no qual o Estado não teria lugar no debate público, como se sua presença em tal fosse fundamentalmente perniciosa a liberdade de expressão dos envolvidos.

Júlio Barroso da Silva (2014), por sua vez, analisa como estas tendências se traduzem em uma tipologia das regulações a liberdade de expressão, e estipulam que o exercício da regulação da liberdade de expressão nos Estados Unidos é baseada em uma análise sobre cada particular expressão e os mecanismos de sua possivelmente necessária restrição sob o prisma de dois conceitos: o “valor” designado a expressão, e o reconhecimento do quanto uma regulação diretamente restringe um ponto de vista específico, que definem como nível de “neutralidade” da regulação.

Esclarece-se, desde logo, que apesar do uso da palavra “valor”, conceito que sugere algum nível de objetividade, não pode se dizer, como assim será elaborado a seguir, que as classificações identificadas pelos autores são amplamente elaboradas, com características facilmente identificáveis ao longo de seu *spectrum*. Existe grande disparidade entre as justificativas utilizadas para valorização de expressões de “alto valor” - que, para os autores, receberiam proteção constitucional prioritária em casos de colisão de direitos -, e de expressões de “baixo valor”, que receberiam proteção menos plena, e estão, em teoria, mais expostas a regulação.

Ainda segundo Silva como exemplo de expressão de altíssimo valor, temos quase qualquer expressão de natureza política. Devido a esta valorização, mesmo demonstrações que

seguem as descrições e definições de discurso ódio, incluindo manifestações em favor da segregação racial ou nazismo, receberiam ali completa proteção, desde que não estejam “incitando violência”. (STRAUSS, 2003; SUNSTEIN, 1995, apud SILVA, 2014). Menciona-se aqui também estar protegido discurso que dissemina informação diretamente contrária à realidade fática, atacando reputação ou cultivando fictícias conspirações que insultam grupos sociais inteiros, problema que hoje em dia, embora preceda o fenômeno, é especialmente visível na constante disseminação das chamadas *fake News*.

Aponta este fato Ingo Sarlet, que também reflete que a aplicação desta interpretação “em regra” vai tão longe que chega a ser discordante com o próprio texto da Primeira Emenda da Constituição Americana:

Importa sublinhar, nesta quadra, que as diferenças entre as ordens jurídicas no que diz com a posição preferencial da liberdade de expressão em matéria – frise-se - do assim chamado discurso do ódio, chegam a ser significativas, como ocorre, v.g., nos EUA, na Europa, na Alemanha e mesmo no Brasil, em especial quando em causa a negação do holocausto.

No caso dos EUA, consoante já adiantado, a jurisprudência da Suprema Corte tem mantido firme o seu já antigo entendimento no que diz com a interpretação da Primeira Emenda (1791) à Constituição Federal de 1787, que, em regra, proíbe qualquer limitação da liberdade de expressão, assegurando-lhe uma forte posição preferencial na arquitetura constitucional e em face de outros direitos e bens constitucionais, atribuindo um sentido muito restritivo ao conceito de discurso do ódio para efeitos de sua interdição e sancionamento.

Assim, nos EUA, mesmo manifestações de natureza inequivocamente contrárias à realidade fática, incluindo a negação do Holocausto, mas também outras como manifestações neonazistas, afirmação da supremacia branca, queima de cruzeiros em frente a residências de afrodescendentes e mesmo (respeitados alguns pressupostos) a exortação ou apoio a atos de violência concretos e discriminatórios são tidas, em regra, como protegidas pela Primeira Emenda. No entanto, mesmo lá, a liberdade de expressão não assume feições absolutas, visto serem vedadas, em caráter excepcional, manifestações de cunho eminentemente difamatório e calunioso, bem como interdita a incitação à violência. (SARLET, 2019, p. 1214)

A primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, em teoria, não permitiria manifestações, como diz o Professor Sarlet, eminentemente difamatórias e caluniosas, porém, na prática, apenas as manifestações que claramente incitam a violência são entendidas, tradicionalmente, como vedadas, o que é, de fato, um entendimento por demais restrito.

Assim sendo, no extremo oposto deste sistema de valores, temos como a ameaça, na forma de expressão que incite atos de violência, como expressão de baixíssimo valor.

Silva (2014) mantém que, em alguns casos, é permitida a regulação de uma expressão que normalmente receberia proteção total, se observada evidência de que a expressão em si irá iminentemente causar grave dano. Esta exigência de justificativa particular ao caso para regulação aparece também nos casos de “baixo” valor, sendo também exigida evidência e argumentação quanto à necessidade de tal regulação, sendo apenas perceptível uma diferença na exigência quanto à força dos argumentos ou na prova de existência, assim como de relativamente maior nível de gravidade, do dano.

Esta disparidade tem fundamento em um fator já mencionado por Sarlet (2019), que também serve de base para a segunda parte desta tipologia: a presunção de inconstitucionalidade aplicada sobre qualquer tipo de regulação da liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Mantendo-se na teoria adotada tanto por Sarlet (2019), quanto por Silva (2014), esta presunção se expressa e se evidencia na outra metade da tipologia usada pela Suprema Corte Americana, a análise da “neutralidade” da regulação. Poderia uma regulação ser neutra quanto ao conteúdo (ao demonstrar indiferença em relação ao ponto de vista específico, ou ao tipo de conteúdo de uma expressão, a exemplo da proibição de se fazer significativo barulho em um hospital), baseada no conteúdo (quando fundada no tipo de conteúdo da expressão, a exemplo da proibição a incitação de violência) ou, finalmente, baseada no ponto de vista, sendo estas aquelas que recebem a maior presunção de inconstitucionalidade, pois restringem um discurso com base na presença em seu conteúdo de ideias e “pontos de vista” específicos.

Sarmento também enfrenta a questão, e assim explica os detalhes da diferenciação entre esta última classificação, e a similar classificação baseada no “conteúdo”:

A rigor, a restrição baseada no conteúdo é gênero, de que é espécie a relacionada ao ponto de vista. Não obstante, quando se alude à limitação baseada no conteúdo, trata-se, em regra, de restrição que não discrimina entre pontos de vista diferentes. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Qualquer manifestação, ligada a qualquer corrente ou ideologia, estaria vedada. Já a restrição baseada em ponto de vista implica, pelo contrário, em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. Retomando o exemplo anterior, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários do Estado em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias. (SARMENTO, 2006, p. 6).

Em outras palavras, trata-se de uma diferenciação principalmente baseada no reconhecimento da presença da restrição de um determinado ponto de vista, sendo aquelas que de fato especificam um “tipo” de ponto de vista que constituem a exata espécie de restrição,

que teoricamente, como já discutimos, seria necessária para confrontar o discurso de ódio em muitas situações. As restrições baseadas no ponto de vista, que não são “neutras”, restringem a expressão de um dos lados de uma discussão, a exemplo da proibição de crítica a ações Estatais, ou manifestação em defesa ou até em ataque dos direitos humanos.

Esta última parte da tipologia de regulação, a maneira que os Estados Unidos executam, ou não, a limitação da liberdade de expressão baseada na ausência de “neutralidade”, será dada atenção em especial, pois, como será exposto a seguir, ela evidencia os limites e desvantagens da metodologia de controle do discurso de ódio, até o momento em prática nos Estados Unidos.

Existe grande resistência a medidas que procuram reprimir pontos de vista específicos nos Estados Unidos, resistência que, reitera-se, tem raiz em uma profunda desconfiança na utilização de poder Estatal com propósitos de censura, e na ideia de que muitos dos direitos fundamentais só aplicam plenamente obrigações e exigências ao Estado, e não a entidades privadas, ou entre entes privados e indivíduos, conforme demonstra Sarmento:

Na mesma linha, deve-se referir ainda à subsistência, no pensamento constitucional norte-americano, da anacrônica visão de que os direitos e princípios constitucionais só vinculam ao Estado, não criando nenhum tipo de obrigação para os particulares.

Esta concepção, superada na maior parte das constituições contemporâneas, em que cada vez mais se tem reconhecido uma eficácia também horizontal dos direitos fundamentais, expressa-se no Direito americano através da doutrina da *State Action*. Sob o prisma desta doutrina, o racismo, o preconceito e a intolerância do Estado e das autoridades públicas violam a Constituição, mas os mesmos comportamentos, quando praticados por agentes privados, tornam-se indiferentes” constitucionais. (SARMENTO, 2006, p. 12-13).

Quando falamos da desconfiança – em relação ao poder e à regulação do Estado legislador, ou limitação do Estado juiz -, é importante ressaltar a racionalidade concreta que reforça esta tendência.

Para além dos episódios e circunstâncias que, como já foi dito, forjaram o início e as bases da nação e da Constituição americanas, há sem dúvida casos em que a repressão do livre discurso de fato não tinha nenhum outro propósito além de reprimir oposição a agressão Estatal, em prejuízo de suas minorias sociais, ou combater ideias incômodas ao status quo. Era – ou é, pois há casos atuais - uma repressão política e reacionária, usada em desfavor de grupos vulneráveis. Neste sentido, argumentam Wilson e Land:

*Strossen correctly observes that speech regulations tend to disfavor minority viewpoints. Indeed, there is a long, repressive history of government censorship in the United States going back to the Early Republic. In the 1830s, Southern states banned abolitionist speech on the grounds that it had the*

*potential to incite violence and rebellion. For much of the twentieth century, incitement law was used to stifle socialist thought and speech, including the mere reading and discussion of books by Marx and Engels. Strossen observes that the Republican National Committee and some state legislatures have included the Black Lives Matter movement in resolutions condemning hate speech. She concludes that government censorship of political speech is a greater threat than individuals expressing discriminatory bias, and she endorses the aphorism, “[t]he cure is worse than the disease” when it comes to hate speech regulation. (STROSSEN apud WILSON; LAND, 2021, p. 1038).*

A frase “a cura é pior do que a doença” define com acurácia as posições mais extremas, mais “tradicionais”, quanto à regulação de liberdade de Expressão no leque ideológico americano. Regular a liberdade de expressão traria consequências mais graves do que não o fazer (a cura, seria pior que doença, conforme já antes referido).

Devido a este tipo de noção, que tende a recair sobre restrições de ponto de vista específico, identifica-se em tais situações uma presunção de inconstitucionalidade, paralela à presunção de primazia que recai sobre a proteção de expressões de “alto” valor. Isso atenderia à responsabilidade estatal de manter uma “neutralidade” absoluta, uma maneira de evitar que o pretexto de que ideias podem ser “perigosas” não seja utilizado para silenciar e reprimir a liberdade dos cidadãos. Expõe Sarmiento, neste sentido:

O entendimento jurisprudencial que se firmou [na jurisprudência constitucional dos EUA] ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes idéias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. (SARMENTO, 2006, p. 9)

Esta base histórico-jurídica, tão contrária à regulação, contudo, tem limites e problemas próprios, falhando em atender às demandas de grupos sociais, especialmente defensores dos direitos humanos. Estas falhas do sistema na condenação e prevenção da disseminação do discurso de ódio ficaram aparentes, notadamente quando o contexto tradicional de discussão da liberdade de expressão, em que a discussão centrava-se na liberdade de vozes localizadas, ainda que amplamente divulgadas – por meio de imprensa; livros, mídia – veio a ser substituído, conforme já vimos neste trabalho, pela multiplicidade de atores e de articulações, no universo ampliado e atomizado do mundo interligado pelas redes sociais.

Neste novo cenário, esta ausência de regulação, este déficit legislativo, fez florescer novos, específicos e mais graves problemas, que forçaram a rediscussão e a aplicação de meios

de controle sobre a difusão de discurso de ódio. Não se mostra mais possível compreender o discurso de ódio enquanto inserido na liberdade de expressão, sob a primeira emenda.

Este contexto, e os limites da experiência hoje desenvolvida nos EUA, é o assunto a ser abordado no próximo tópico desta monografia.

### **3.2. A mudança de paradigma americana: Emergência do “Plataform Law”**

Conforme analisado no tópico anterior, diferentes pontos de vista se fizeram presentes e demonstram perceptível influência sobre o “mercado” de ideias no qual o Estado Americano coloca confiança para combater discursos perniciosos. Ocorreu nessas últimas décadas, de maneira cada vez mais acelerada, com a evolução comunicação pela da internet, o proliferar de uma contraposta perspectiva, no qual, a dita presunção de inconstitucionalidade, começa a ser criticada, denunciada como sendo, quando há abuso (discurso de ódio), meio pelo qual, aqueles que desejam oprimir grupos vulneráveis, podem atacar sua dignidade e permanecer impunes.

Nos termos expostos por Wilson e Land:

*Faced with the evidence from the above scenarios, it is no longer credible to maintain that hate speech that would be protected under the First Amendment (such as ethnic slurs or speech that denigrates a group but does not directly advocate violence) does not have the potential to cause substantial harm and injury. There is ample research showing that in certain circumstances hate speech correlates with, and possibly has a causal nexus to, measurable harms. Of course, an empirical consensus on the deleterious effects of denigrating and inciting speech does not in itself determine the normative question of hate speech regulation, since one might reasonably support freedom of expression for other reasons, including its value in the process of democratic decision-making. However, given the mounting evidence of the systemic and corrosive effects of hate speech, including speech that does not rise to the level of incitement or threat, we need to be asking what kinds of speech have which effects, and what would be the cost and consequences of taking action to address those effects. (WILSON; LAND, 2021, p. 1045)*

A proliferação desta visão crítica entrou em tensão com a realidade que os Estados Unidos atualmente enfrentam com o advento da comunicação online, que, como foi anteriormente introduzido, multiplicou a capacidade de dano do discurso de ódio exponencialmente, dando maior alcance ao dano, e criando um palco no qual aqueles que procuram praticar tais agressões se sentem ainda mais protegidos, seja pelo anonimato, ou mesmo até apenas pela distância, além do que o alcance e permanência da agressão são incomensuráveis.

Com a proteção que a liberdade de expressão recebe no contexto americano, o problema encontrou solo fértil para se desenvolver até nível verdadeiramente preocupante. Chegou-se ao ponto em que os Estados Unidos, nas palavras de Sarmiento (2006), que fez a observação com

base em pesquisa de Friedric Kubler, tornou-se sede da maior parte dos sites disseminadores de conteúdo racista que existem no mundo, fato que evidencia, claramente, que a principiologia jurídica Americana não se mostrava equipada para enfrentar o proliferar do discurso de ódio, se insistir em utilizar os mesmos antigos métodos e não superar o medo enumerado por Strossen.

No entanto, seria incorreto dizer que o único obstáculo para a solução do problema, erigido em meio ao equipamento jurídico americano, ou que soluções mais eficazes para o combate ao discurso de ódio seriam problemas com raiz em seu singular contexto jurídico. Não: os Estados Unidos enfrentam um desafio partilhado por todas as democracias do mundo, algo que dificulta toda e qualquer regulação de discurso público no mundo moderno, a saber, a enorme mudança tecnológica e de paradigma que veio com o advento das redes sociais.

Em primeiro lugar, repita-se o simples fato de que o discurso público agora ocorre em escala sem igual durante toda a história da humanidade, o discurso, debate e disseminação de informação acontecendo 24 horas por dia, na forma de um oceano de dados difícil sequer de se conceber. Não possui os Estados Unidos, ou qualquer uma das outras democracias do mundo, incluindo o Brasil, a estrutura jurídica, institucional, ou mesmo técnica, por meio de seus próprios recursos estatais, para regular, ainda que assim pretendesse, este fluxo de comunicação incessante e gigantesco, especialmente quando contam com ferramentas jurídicas em maior parte criadas em mundo que ainda nem imaginava a existência das redes sociais.

As regulações pré-existentes não foram formuladas pensando no paradigma do século 21, fato que, juntamente com o problema da falta de recursos estruturais, força as democracias a encontrarem novas maneiras de interagir com o discurso público, e regulá-lo de maneira adequada.

No caso Norte-Americano, contudo – e aí, sim, bem de acordo com sua história e arquitetura constitucional de desconfiança senão impedimento de ação estatal na relação entre particulares - os inícios de possíveis soluções foram buscadas e toleradas vindo do auxílio daqueles que teriam a estrutura técnica para regular o discurso realizado por meio das redes sociais: as próprias empresas, enormes entidades privadas, as quais essas redes sociais pertenciam.

De fato, as empresas aplicariam suas próprias regulações, baseadas na busca de prestar bons serviços e – este próximo elemento sendo parte significativa do problema - nos interesses



econômicos das próprias empresas. Estas regras próprias são nomeadas de “*Plataform Law*”. Na definição de Wilson and Land:

### III. THE PLATFORM LAW OF HATE SPEECH

*David Kaye, the former UN Special Rapporteur for the Promotion and Protection of Freedom of Opinion and Expression, has used the term “platform law” to refer to the rules that social media companies have developed to determine what user-generated online content may be posted to their platforms.<sup>89</sup> Platform law accurately captures the degree to which private corporations have established stable definitions of key terms like hate speech, operational rules about how to handle harmful or abusive content, and enduring mechanisms to enforce those rules. This Part discusses first how these platforms have defined “hate speech” and then introduces two significant limitations of this approach: the lack of transparency and accountability in how platforms apply their rules, and their failure to consider the context of speech. (WILSON; LAND, 2021, p. 1045-1046)*

Este modelo de regulação, por si só, como expõe Ana Beatriz Robalinho (2021), obteve certo nível de sucesso, devido ao fato que as empresas de fato tinham algumas prioridades similares ao Estado, como o controle de conteúdo que potencialmente criasse um ambiente mais hostil, que talvez levasse a perda de usuários. Como exemplo, nas palavras da própria autora: “elas bloqueiam de forma eficiente a promulgação de discursos ilegais e proibidos, a pornografia, o terrorismo, o discurso de ódio, e uma grande quantidade de notícias falsas.” (2021). Porém, como será elaborado a seguir, a solução provou-se longe de ser perfeita, ou mesmo por completo aceitável, em parte devido as diferentes motivações que guiam a formulação destas regulações por parte das empresas.

### 3.3. As fraquezas do “*Plataform Law*, e o início de uma nova solução

O “*plataform law*”, devido ao fato de ser oriundo de entidades privadas, que agora ganham “governança”(BALKIN,2018 apud, ROBALINHO, 2021) sobre a regulação do discurso de ódio - um processo que essencialmente se constitui do “outsourcing” dos poderes de regulação do Estado para as ditas entidades privadas, nas palavras do citado autor- , tem como característica inerente que as empresas fazem uso desse poder com base em suas próprias prioridades, definidas mais por interesses econômicos, do que por compromisso de responsabilidade por seus clientes.

Há acusações públicas, por exemplo, contra o facebook, sendo debatidas no Congresso dos Estados Unidos – e bastante verossímeis, vez que seus lucros advém de visualizações, e polêmicas acirram as visualizações -, e partindo de uma ex-executiva, de que a empresa lucraria com a expansão do discurso de ódio, razão pela qual os algoritmos lógicos que controlam a

visualização e a vinculação de usuários (o que inclui a inteligência artificial que busca os crimes de ódio, ela mesma um algoritmo) estimulariam os embates e o ódio, e não o contrário.

Ainda neste sentido, expõem Wilson e Land:

*Nonetheless, one need not be a free speech absolutist to be concerned about the emergent system of platform law of hate speech. Two concerns will be discussed here. First, even those who have advocated regulation of hate speech have not proposed that this regulation be carried out by private actors unaccountable to the public for their decisions. Many observers have expressed unease with the fact that speech is regulated by unaccountable private companies whose primary obligations are neither to voters nor to society at large, but to shareholders. Rather than constrain this exercise of power, national governments are compounding it further by outsourcing their speech regulating powers to private companies with little or no oversight. For example, in 2017, Germany passed the NetzDG (Network Enforcement Law) that established measures imposing fines up to €50 million if platforms fail to remove speech that is “manifestly unlawful” under German law (including hate speech, defamation, and inciting speech) from their platform in as little as twenty-four hours. (WILSON; LAND, 2021, p. 1055).*

Por outro lado, os controles realizados pelas próprias empresas não possuem um padrão definido, vale dizer, uma declaração pode ser considerada *hate speech* por uma plataforma, e ignorada em outra, o que indica falta de segurança e de consistência jurídicas.

Também não há controles ou transparência (accountability) no controle interno por parte das plataformas, ou meios e procedimentos claros e cogentes – se bem sucedidos – que permitam aos particulares atingidos eventualmente recorrerem contra decisões de exclusão ou de cancelamento.

Além disso, há limites tecnológicos práticos. Tamanha é a dimensão do fluxo de informações que a base primeira para “controle” do discurso de ódio – e de outros que declaram as empresas indesejáveis – é a identificação de palavras-chave (“red flags”) por mecanismos de inteligência artificial, vale dizer, programas, que não raro são incapazes de discernir ou de inferir os contextos do discurso, sem os quais sabe-se que ele não pode ser por completo compreendido. Apenas em um segundo momento, e em algumas das plataformas – é o caso do facebook, por exemplo – interferem mediadores humanos, e mesmo assim com poderes limitados (WILSON and LAND). Para contextualizar melhor esta referência, deve ser esclarecido que a metodologia aplicada, utilizada por estas empresas, normalmente se constitui na utilização de “palavras-chave” para identificar e derrubar qualquer expressão que aparenta ter como conteúdo certa forma de discurso restrito.

Tal método de restrição tem o problema de não envolver nenhum tipo de reflexão quanto ao conteúdo da postagem ou do contexto no qual foi realizado. Como resultado, muitas vezes não apenas acabam sendo atacadas tentativas sinceras de discutir e combater ideias perniciosas, mas também se deixa passar claras tentativas que de fato têm objetivo de disseminar o discurso de ódio, mas que não usam estas palavras-chave (WILSON and LAND).

Confirmam, neste sentido, mais uma vez, os professores da Universidade de Conectcut:

Although limits on hate speech on social media platforms may be inevitable at this point in time, the approach that companies have adopted to implement these limits is simultaneously overbroad and under-inclusive. Because they don't consider the context of speech, SMCs end up restricting speech that is either benign or in the public interest (or both), while missing pervasive denigrating speech with corrosive environmental effects. (WILSON; LAND, 2021, p. 1061).

Em suma, é simplesmente difícil de se confiar que uma entidade privada considere as melhores soluções para aqueles que estão regulando, já que eles não são sua maior prioridade. Precisamente devido a esta desconfiança, começou a crescer uma demanda pela regulação das empresas pelo Estado.

#### **3.4. A nova dinâmica da comunicação no século 21: “o discurso livre é um triângulo”**

É aqui que se inicia em força uma parte do debate de especial interesse para a análise do contexto brasileiro, que segue este capítulo. Isso porque, em suas análises do crescimento desta demanda nos Estados Unidos, os autores Wilson e Rand (2021), assim como Jack Balkin (2018), determinaram que dito crescimento era evidência de um fenômeno cuja origem não se encontrava nas características únicas da democracia americana, mas sim nas características comuns entre várias democracias do século 21, e que, portanto, indicam que vários países terão que passar por transformações similares. De fato, como exemplo, outros autores já apontaram como as ditas teorias, em especial as de Balkin, podem facilmente ser aplicadas no contexto brasileiro.

Ana Beatriz Robalinho, entre tais comentados autores, em seu já citado artigo “Precisamos (continuar a) falar sobre regulação de conteúdo nas redes sociais”, resume o seguinte quanto à teoria de Jack Balkin:

Jack Balkin sintetiza esses novos desafios na transformação da dinâmica da liberdade de expressão, de uma relação binária entre o Estado e os cidadãos que produzem discurso, para uma relação triangular: agora, além do Estado e dos cidadãos, estão incluídas na dinâmica as empresas que constituem a

infraestrutura da internet<sup>4</sup>. Essa inclusão significa que a doutrina tradicional da liberdade de expressão, pautada na regulação, pelo Estado, do discurso dos cidadãos, se mostra insuficiente e inadequada para o século 21. (BALKIN,2018 apud, ROBALINHO, 2021, np).

O que se tem, então, nesta proposta de ação triangular, é que, dadas as características tecnológicas e organizacionais das redes sociais e da comunicação pela internet, reconhece-se que a necessariamente as atividades de contenção, controle e até de exclusão do discurso de ódio seriam, na prática, pelo menos em fase primária, realizadas pelas próprias empresas. O Estado, ainda que se julgasse no direito, não tem como verificar ou agir sobre o volume de informação.

Este controle interno, todavia, o *Plataform Law*, não poderia ser mais dito como não levando em conta a proteção do cidadão como prioridade pois o estado normatizaria ou interferiria de alguma forma, garantindo transparência (*accountability*), proteção a direitos individuais de defesa e liberdade de expressão, e padrões mínimos e uniformes de proteção ao indivíduo, mas também aos grupos atingidos pelo *hate speech*. O Estado agora aplicaria suas regulações diretamente sobre as empresas, fazendo demandas, por exemplo, hipoteticamente, demandando que um site como o *facebook* não permita a disseminação de um particular exemplo de *hate speech* em sua plataforma.

Robalinho, por sua vez, prossegue definindo que

na nova dinâmica, a relação direta entre o Estado e os cidadãos fica em segundo plano, e duas outras relações são fundamentais — a relação entre o Estado e as empresas da infraestrutura da internet, pautada por um tipo de [meta]regulação (que Balkin chama de "new-school", oposta à regulamentação tradicional, ou "old-school", que o Estado exerce diretamente sobre os cidadãos), e a relação entre as empresas de estrutura da internet e os cidadãos, pautada por uma regulação privada (que Balkin chama de governança privada). (BALKIN, 2018 apud ROBALINHO, 2021, np).

Nesta linha, na doutrina, e na definição de políticas públicas, crescem os debates em direção a constatar que seria de grande importância o surgimento ou construção de normas pelas quais o Estado impusesse padrões e direcionasse e condicionasse as empresas no controle das plataformas.

Normas deveriam impor padrões mínimos de uniformidade, respeito a contraditório e devido processo, e ao mesmo tempo – talvez o ponto mais sensível – transparência quanto aos

---

critérios na análise do discurso, de forma a que o necessário controle do discurso de ódio não resulte ou abra a porta para indevida e injustificada redução do basilar direito à liberdade de expressão.

Ana Beatriz Robalinho, assim aborda a questão:

Por outro lado, a governança privada das empresas de infraestrutura da internet acontece num ambiente despido das garantias constitucionais procedimentais mais básicas. Não há transparência, muito menos contraditório e ampla defesa. As decisões sobre que conteúdos bloquear são tomadas, e posteriormente revisadas, em uma máquina burocrática inacessível ao usuário, que muitas vezes sequer é notificado antes do fato. A accountability é praticamente inexistente. Balkin compara a burocracia das empresas de infraestrutura da internet aos regimes governamentais autocráticos do século 19.

O desalinhamento entre os objetivos e as práticas das empresas de infraestrutura da internet e os do Estado — que, pautados por princípios constitucionais, buscam dar maior expressão aos valores da liberdade de expressão e garantir o contraditório e a ampla defesa — impulsiona a (meta)regulação estatal daquelas, buscando coagi-las a regular o discurso dos usuários de acordo com objetivos públicos. Essa é a "nova escola" da regulação do discurso, e é sobre ela que o debate no Brasil precisa avançar. (BALKIN, 2018 apud ROBALINHO, 2021).

O avanço, ou não, de dilemas similares na realidade brasileira é o tema da parte final desta monografia.

## **4. ANÁLISE COMPARATIVA: O CONTROLE DO DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS NO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO**

### **4.1. Reafirmação da relevância da análise**

Neste penúltimo capítulo pretende-se responder a questões estabelecidas na introdução do problema de pesquisa desta monografia: quais problemas o Brasil enfrenta e vai enfrentar no teatro da regulação do discurso de ódio novo paradigma criado pela existência das redes sociais, com base nas discussões realizadas quanto às complexidades da regulação do discurso de ódio em si, e em luz da experiência americana?

Para se avançar neste debate, será demonstrado de que maneiras, e em que aspectos, o contexto é brasileiro é similar, ou diferente, daquele descrito, vigente, e em plena dinâmica, nos Estados Unidos, e o que essas diferenças significam para a forma pela qual o Brasil irá experimentar e enfrentar os seus próprios desafios. No entanto, antes disso, é necessário se reafirmar a relevância destas questões. Afinal, existe sequer razoável certeza que isso é um problema que será experienciado pelo Brasil?

Como aponta Ana Beatriz Robalinho, toda a evidência aponta que sim. Estipula a autora que o fenômeno observado nos Estados Unidos, a emergência da nova dinâmica “triangular” da regulação do discurso livre, tem como causa a falta de possíveis alternativas ao “*outsourcing*” dos poderes de regulação para as empresas provedoras das redes sociais como meio de se executar a regulação do enorme volume de expressões que circula pelas ditas redes, uma vez que o Estado Americano não tinha a estrutura técnica para realizar tal regulação por si só. Em outras palavras, é perfeitamente possível, ou até mesmo provável, que esta mesma transição seja forçada sobre democracias nas quais a população tem livre acesso as redes sociais e cujo Estado igualmente tem falta de uma estrutura técnica que possa oferecer solução alternativa. O Brasil se encaixa perfeitamente nesta descrição, tendo ainda menos recursos que poderiam ser usados para formação de tal hipotética estrutura do que os Estados Unidos. Portanto, postula-se que o Brasil pode-se encontrar em situação no qual não tem escolha além de se adaptar e formular um sistema complementar aos sistemas de autorregulação das empresas.

Agora que se aprofunda a contextualização Brasileira, estabelece-se aqui que são claras as evidências que o Brasil já adentrou este período de adaptação e que mecanismos similares ao “*platform Law*” já se encontra em operação no dia a dia brasileiro. Tais fatos foram identificados no relatório do InternetLab, um centro independente de pesquisa interdisciplinar, que constatou, com base em suas pesquisas, o seguinte:

[...] a jurisprudência brasileira tendia a admitir que esses provedores fossem responsabilizados pelo conteúdo postado por usuários sempre que, tendo apenas uma notificação requerendo sua remoção, mantivessem-no disponível. Esse regime de responsabilização de intermediários, conhecido como notice and takedown, levantava preocupações por criar um incentivo às plataformas para realizar a remoção a despeito da procedência da queixa, considerando o risco que assumiriam caso deixassem o conteúdo no ar.<sup>2</sup> De fato, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em entendimento consolidado em 2012, portanto antes da aprovação do Marco Civil, estabeleceu que ao provedor não é atribuída responsabilidade pelo conteúdo gerado por terceiros, desde que “uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor [retire] o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada”.

(OLIVEIRA, 2019, np apud MONTEIRO; CRUZ; SILVEIRA; VALENTE, 2021, p. 8)

Ou seja, baseando-se nas teorias de Wilson e Land (2021), pode ser dito que o Brasil experencia situação similar a emergência do “*plataform Law*” nos Estados Unidos, este confiando nas próprias empresas provedoras das redes sociais para regular as expressões comunicadas por meio de seus serviços. Não apenas isso, mas pode-se dizer que, como será elaborado no próximo tópico, em vista da aprovação do Marco Civil da Internet em 2014 (Lei Nº 12.965 de 2014), uma lei que regula precisamente a comunicação online no Brasil, que o país se encontra no precipício da já discutida transição para regulação “triangular” do livre discurso nas redes sociais.

Não existe dúvida, portanto, que o Brasil passa por situação similar ao caso Americano. Uma pergunta que não tem resposta igualmente clara, no entanto, é se o Brasil teria as mesmas dificuldades experienciadas para este tipo adaptação, no sentido de vantagens e desvantagens que o Brasil teria quando comparado aos Estados Unidos.

Entre os problemas que identificamos na experiência americana, são principais a resistência a formulação de métodos para regulação de discurso com base em pontos de vista específicos e o, em parte, conseqüente déficit legislativo que precisaria ser superado para se enfrentar os novos desafios da regulação triangular. Organiza-se os tópicos seguinte para se identificar a presença de problemas similares no contexto brasileiro.

#### **4.2 A resistência a novas discussões e avanços**

Primeiramente, fazemos uma comparação entre os contextos históricos dos países, com o propósito de determinar se o Brasil enfrenta problemas similares à resistência americana às restrições da liberdade de expressão, e em que grau estes problemas também são prevalentes e enraizados no contexto histórico brasileiro - e, portanto, de difícil superação -, abordando também de que forma estes problemas se diferenciariam, em natureza e consequência, no caso Brasileiro.

O contexto brasileiro, diga-se desde, já, assemelha-se ao seu equivalente americano, no sentido de que também é marcado por um medo da restrição do discurso público por parte do Estado.

Aponta Sarmiento (2006), que tal medo era em grande parte reacionário ao período de ditadura experienciado pelo Brasil. Apenas algumas décadas atrás, o Brasil experienciava uma ditadura, um segundo ciclo autoritário em menos de 50 anos – 1964/1985, e antes 1937/1945 - , ciclo no qual a restrição à liberdade de expressão tinha como claro propósito silenciar oposições, divergências e denúncias. Foi uma era de censura prévia promovida pelo Estado,

incidindo sobre as manifestações culturais e artísticas, e sobre o jornalismo, um tempo de jornais fechados, de jornalistas mortos e de parlamentares cassados, por suas meras opiniões.

Nada há a se admirar, então, que a Constituição de 1988, discutida e promulgada no momento de saída deste clima de repressão, com particular preocupação com o tema, tenha erigido a pilar fundamental da nascente democracia, a liberdade de expressão. Daniel Sarmiento destaca destas numerosas e importantes referências à liberdade de expressão na Constituição brasileira:

A liberdade de expressão ocupa uma posição extremamente destacada no sistema constitucional brasileiro. O texto constitucional chegou a ser redundante ao consagrá-la: art. 5º, inciso IV – liberdade de manifestação do pensamento –; art. 5º, inciso X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença –; art. 5º, inciso XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística –; art. 220, caput – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo –; art. 220, § 1º – liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social –; art. 220, § 2º – proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica. Do ponto de vista histórico, não é difícil compreender as razões que levaram o constituinte a tamanha insistência: tratava-se de exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática. (SARMENTO, 2006, p. 46-47).

Seguindo, ou confirmando, o entendimento sobre a centralidade, e mesmo a prevalência, da liberdade de expressão na ordem jurídica fundada na Constituição de 1988, não é surpresa que, como será exposto a seguir, pode-se observar um rol de decisões judiciais em que se observa a aplicação de uma presunção de que a restrição e censura da fala do indivíduo por parte do Estado seria imprópria, antijurídica, inconstitucional, e até imoral.

Existem muitos casos que demonstram, inclusive em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, este tratamento preferencial à liberdade de expressão pelo direito brasileiro, casos de colisões da proteção do direito de liberdade de expressão, com outras demandas legais, nos quais se fez prioridade à proteção da liberdade de expressão. Veja-se alguns destes julgados apontados e exemplificados por Ingo Sarlet:

Dentre os casos julgados pelo STF envolvendo a liberdade de expressão e indicando sua posição preferencial, podem ser colacionados a declaração da não recepção, por incompatibilidade com a CF, da antiga Lei de Imprensa elaborada no curso do regime militar, quando o Relator, Ministro Carlos Britto, afirmou que a liberdade de expressão assume uma posição quase absoluta e apenas pode ser objeto de limitação nos casos expressamente estabelecidos pela CF, designadamente o direito à indenização e o direito de resposta. Da mesma forma chamam a atenção dois outros casos, o assim



chamado caso “marcha da maconha”, no qual o STF entendeu que uma manifestação pública e coletiva em prol da legalização do consumo da maconha não poderia ser enquadrada no tipo penal da apologia ao crime. Mais recentemente, merecem referência os casos das biografias não autorizadas, no qual o STF decidiu ser inconstitucional a existência de prévia autorização do biografado, bem como o julgado que traçou uma diferenciação, no que diz com o processo eleitoral, entre críticas veiculadas mediante sátiras e charges e manifestações de humor em geral e as assim chamadas fake news, liberando as primeiras e vedando as últimas. (SARLET, 2019, p. 1217).

A exposta presunção de que se deve aplicar à proteção do direito de liberdade de expressão tratamento preferencial na arquitetura constitucional é inegavelmente similar à antes exposta atitude americana.

Há aqui, no contexto brasileiro, contudo, uma primeira diferença essencial: não prevalece, no Brasil, com sua tradição jurídica advinda do direito civil/continental europeu, e com sua constituição moderna e analítica, a noção – ainda majoritária e aplicável ao constitucionalismo americano, conforme antes exposto - de que o texto constitucional se resume a estabelecer limites para ação do Estado perante o indivíduo.

No Brasil impõe-se a compreensão de que os direitos fundamentais se aplicam não apenas às relações entre Estado e cidadão, mas também às relações particulares entre si, sejam indivíduos, empresas ou entes jurídicos outros. É perfeitamente possível, no Brasil, portanto, a discussão e a defesa horizontal de direitos fundamentais, inclusive em juízo, pois a Constituição e a ordem jurídica adotam e propugnam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Para Daniel Sarmento, sobre a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil:

Na ordem jurídica brasileira, ocorre a incidência direta dos direitos individuais nas relações entre particulares. Não apenas o Estado, mas também as pessoas e entidades privadas encontram-se diretamente vinculadas à Constituição, independentemente da edição de normas ordinárias pelo legislador. Sem embargo, esta possibilidade de aplicação direta não exclui a obrigação de juízes e tribunais de interpretarem e aplicarem as normas jurídicas de direito privado – não apenas as cláusulas gerais, frise-se bem – no sentido que mais favoreça a garantia e promoção dos direitos fundamentais. Portanto, o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado efeito de irradiação dos mesmos direitos, que os torna vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2004, p. 297/298).

Considerando, por outro lado, e conforme já abordado neste trabalho, que o discurso de ódio se define por diminuir e atacar manifestações de personalidade, e, portanto, direitos fundamentais, não há como se dizer que no Brasil a restrição do discurso de ódio seja presumida

como inconstitucional, ou que não encontre guarida na Justiça, ainda que perante uma necessária ponderação com a liberdade de expressão.

Demonstra, neste sentido, em outro texto, Daniel Sarmento:

Destaque-se, ainda, que as concepções de direitos fundamentais e de igualdade presentes na ordem constitucional brasileira não focam exclusivamente as relações entre o Estado e os indivíduos. Pelo contrário, o ordenamento brasileiro, diante da ubiqüidade da injustiça e da opressão, adotou o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada. Portanto, a Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de **discriminação, preconceito e intolerância**, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada.

Ademais, a compreensão constitucional da liberdade individual não é meramente formal. A Constituição de 88 não é libertária e não associa a liberdade humana à simples abstenção estatal. Pelo contrário, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes numa sociedade desigual e opressiva. Esta compreensão mais realista da autonomia individual projeta-se no campo da liberdade de expressão e ampara a pretensão estatal de coibir as manifestações que silenciem as vozes das suas vítimas, como as envolvidas no hate speech. (SARMENTO, 2006, p. 47-48).

Assume-se no direito brasileiro serem inconstitucionais os atos acima grifados, atos já destacados nesta monografia como algumas das formas fundamentais de discurso de ódio, e que a realização destes atos está vedada à população comum, mesmo que esta vedação se constitua em uma limitação/ponderação pontual da liberdade de expressão. Portanto, não há como se dizer que, no Brasil, presume-se ser inconstitucional a restrição deste tipo de discurso, simplesmente porque tais restrições significariam restringir, em algum grau, a expressão do indivíduo, ou entidade privada, tal como ocorre nos Estados Unidos.

E esta ponderação, entre a restrição a discurso ou manifestação ofensiva a direitos de personalidade, e a liberdade de expressão, já teve exemplo positivo – isto é, admitindo a restrição a manifestação ofensiva à dignidade humana – no próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito, ou de forma congruente em verdade, com os precedentes que firmaram a liberdade de expressão.

Conforme as palavras de Ingo Sarlet:

Todavia, nenhum dos casos nominados [construção da jurisprudência pela prevalência da liberdade de expressão] envolvia a veiculação de informações (manifestações) evidentemente inverídicas ou de caráter em si ofensivo (injúria, difamação e mesmo calúnia), nem mesmo situações em que se possa afirmar com convicção que tenha se tratado de um exemplo do assim chamado discurso do ódio.

Em especial no caso do último, não há como deixar de referir o principal precedente do STF, de 2003, envolvendo a confirmação da condenação criminal por racismo de autor e editor de obra que negava o holocausto judeu durante a segunda grande guerra mundial, justamente não sustenta a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, ainda que três Ministros tenham encaminhado voto divergente.

É claro, por outro lado, que a negação do holocausto (já há tempo criminalizada no Brasil) representa um caso muito especial e impactante, a justificar aqui um entendimento diferenciado, mas ao mesmo tempo também se sabe que a depender da prevalência que se der à liberdade de expressão, como é o caso dos EUA, a solução poderia ser diversa.

Por sua vez, há que frisar, também não resulta possível afirmar, de modo categórico, que no caso específico do discurso do ódio, o STF tenha assumido uma posição preferencial da liberdade de expressão nos outros (poucos) julgados sobre a matéria, o que será analisado logo mais adiante. (SARLET, 2019, p. 1217-1218).

Não há direito absoluto, e a liberdade de expressão não abriga o discurso do ódio, ou a manifestação que, de alguma forma, atente contra os direitos fundamentais.

Ingo Sarlet vai ainda mais longe em sua análise, e aponta, corretamente, que estes direitos fundamentais – o que inclui a liberdade de expressão, tanto quanto os direitos de personalidade -, sob o prisma do direito Brasileiro, não são apenas equivalentes em importância, mas complementares em natureza, sendo requerido o pleno atendimento de ambos para que de fato ocorra proteção de qualquer deles, o que tem de ser atingido pela necessária ponderação, sem prevalência prévia, ou anulação, de qualquer dos direitos:

Note-se que, em um primeiro momento, a lista de direitos fundamentais prevista artigo 5º da CF, pelo menos numa primeira aproximação e com base no teor literal dos respectivos preceitos, aparentemente, atribui idêntico valor tanto à proteção à intimidade, privacidade, honra e imagem, quanto à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação.

Da leitura desses dispositivos constitucionais, não há – com o devido respeito a posições divergentes - como se identificar uma prioridade necessária de um conjunto de proteções em relação ao outro, na medida em que a previsão constitucional desses direitos fundamentais visa apenas a afirmar – ainda de um modo relativamente indeterminado – a existência desses dois focos de liberdades humanas básicas, as quais não poderão ser abolidas, desprezadas nem gravemente penetradas por outras pretensões jurídicas. Os limites do seu exercício e as situações em que, uma e outra, cederão em sua relevância deverão ainda ser objeto de especificação e de análise casuística.

Por isso, partindo-se dessa exegese constitucional, deve-se iniciar reconhecendo que os dois conjuntos de direitos fundamentais encontram-se, aprioristicamente, em pé de igualdade, na medida em que essas esferas protetivas visam a resguardar e proteger duas instâncias distintas de imensurável valor humano, nenhuma delas, porém, absoluta: uma, com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou

estigmatizante, enquanto que a outra visa a viabilizar o pleno desenvolvimento no plano externo não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade desse manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua auto expressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade –, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema democrático que a nossa Constituição estabelece o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais. (SARLET, 2019, p. 1215-1216).

O discurso de ódio não encontra defesa na liberdade de expressão, se não que, e ao oposto, para Ingo Sarlet, assim como para Daniel Sarmento, a liberdade de expressão, na ordem jurídica brasileira, só existe e é admitida enquanto e na medida em que não implicar em ataque aos direitos fundamentais de personalidade de outrem, vale dizer, na medida em que não consistir em discurso de ódio, nos termos definidos e tratados na presente monografia.

Na ordem jurídica brasileira, o discurso de ódio, diferente da composição neste sentido restrita do constitucionalismo e das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, não tem defesa com base na liberdade de expressão, e – mais uma vez diferentemente do que ocorre no contexto jurídico norte-americano – a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, admitida na nossa Constituição, permite, em tese, interferência estatal na exigibilidade do respeito aos direitos fundamentais, tanto por meio normativo (leis), quanto por via judicial.

Consequentemente, conclui-se neste tópico que o Brasil não sofre de uma fundamental resistência a discussão e desenvolvimento de medidas para combate ao discurso de ódio como se observa nos Estados Unidos. Em teoria, portanto, pode-se dizer que haveria um avanço relativamente célere de tais esforços em comparação com o caso americano. Porém, como se demonstra a seguir, quando se fala da metafórica distância a ser percorrida, da presença de um déficit legislativo a ser superado, o Brasil não conta com equivalente vantagem.

#### **4.3. Quanto a presença do déficit legislativo**

Embora as discussões realizadas no tópico anterior aparentem indicar certeza de uma maior facilidade no combate ao discurso de ódio no Brasil, relativo ao que ocorre nos Estados Unidos, a realidade concreta é mais complexa, o que acaba por aproximar, em termos de dilemas e desafios efetivos, ambos os Países e seus ordenamentos.

Iniciamos uma breve reflexão, própria ao escopo desta monografia, sobre a atual capacidade jurídica brasileira de combater o discurso de ódio com uma discussão quanto o entendimento jurídico particular ao país do dito discurso de ódio. Afinal, se, no caso brasileiro, a expressão de pontos de vistas específicos é de fato restringível diante de casos de proliferação discursos de ódio, é necessário se garantir que o legislador tenha um entendimento

claro do que constitui os ditos discursos, para poder traçar parâmetros que norteiem o aplicador do direito. Esclarece-se que não se refere a entendimento doutrinário, tal tipo de definição já é discutida por vários autores, e de fato vários deles são referidos nesta mesma dissertação. Fala-se da presença de uma definição legal, um meio pelo qual o legislador possa identificar o ato e definir de que forma este constituiria delito.

No entanto é nesse ponto primário e essencial que a “distância” ainda a ser percorrida pelo direito brasileiro se evidencia. Não há no Brasil facilidade suficiente em identificar, padronizar ou delimitar claramente, e muito menos objetivamente, em concreto, o que seria discurso de ódio e como este deveria ser restrito, e de como o separar de críticas e demonstrações legítimas e essenciais para a democracia, especialmente quando dito discurso é realizado por meio das redes sociais. Para ser mais exato, a estratégia brasileira, como se expõe a seguir, é de, em vez de definir com termos claros o que é discurso de ódio e responsabilizar as empresas pela restrição desse conteúdo, as empresas são apenas responsabilizadas pela presença de conteúdo ilícito em suas plataformas se houver ordem judicial ordenando sua retirada (importante dizer que o conteúdo só é considerado ilícito após a dita ação judicial).

Neste sentido, em vez de formular uma definição legal que leva-se em conta o contexto específico no qual o discurso foi partilhado, o Brasil conta com sua capacidade de lidar com cada caso particular por meio de ações judiciais, sendo portanto a restrição do discurso de ódio apenas executada em casos excepcionais, ou quando o discurso viola as normas estabelecidas pela própria empresa. Tal fato se comprova na leitura do já mencionado marco civil da internet (Lei Nº 12.965, de 2014), que delineia as atuais regras de regulação da comunicação pela internet utilizadas no Brasil, como aponta o já citado relatório do InternetLabs:

A moderação de conteúdo, como já dito, não estava no centro do processo que culminou com a edição do Marco Civil, em 2014. Embora nos últimos meses tenham surgido posições contrárias, a interpretação que sempre prevaleceu é que a lei se limita a regular expressamente a responsabilidade de intermediários no caso de conteúdos que não foram removidos após ordem judicial; o Marco Civil não regula e, por isso, permite o reverso, a moderação de conteúdo, pela qual os provedores restringem conteúdo publicado por usuários. (KELLER, 2019, p 1-19, apud MONTEIRO; CRUZ; SILVEIRA; VALENTE, 2021, p 10).

O Instituto prossegue com sua análise, e eventualmente condena a atitude brasileira de passar a maior parte da responsabilidade pela definição e regulação do discurso de ódio às provedoras das redes sociais, alegando que é necessário que o Estado reconheça sua responsabilidade de garantir os direitos de seus cidadãos perante as ditas empresas.

É preciso definitivamente reconhecer que usuárias e usuários têm direitos perante as plataformas e outros provedores. Propostas regulatórias recentes como a minuta de decreto divulgada em maio acertam nesse ponto, mas acabam indo longe demais. Diante do espaço ocupado no debate democrático e na vida social por plataformas como Facebook, YouTube e Twitter, é preciso deixar para trás uma lógica de que elas, como donas dos serviços, ditam as regras e sua aplicação sem dar satisfação a ninguém. Essa posição tem perdido espaço mesmo nos Estados Unidos, onde o direito constitucional à liberdade de expressão é visto como um limite à ação do Estado mas não de particulares. Aqui a virada envolve enxergar como expressão o que muitas vezes as empresas descrevem em termos de negócios como conteúdo. (MONTEIRO *et al.*, 2021 p 25).

Vale-se um breve comentário que a marcação do trecho final desta citação, que de fato foi realizada pelo próprio instituto, não é sem razão. No Brasil, as postagens online são muitas vezes identificadas pelas empresas provedoras com o termo “conteúdo”, uma palavra que neste caso esta sendo usada para afastar a conexão com o que a manifestação de fato é: uma expressão da vida interna do indivíduo. E o reconhecimento destas manifestações como expressões é, como aponta o instituto, essencial para realização da tarefa complexa que é regulação do discurso online. Afinal, se a expressão não for sequer reconhecida como tal, como pode-se avançar as discussões que envolvem as maneiras que essa pode ou não pode restrita.

Voltando ao assunto principal, no entanto, com base no que foi exposto e com base na análise do instituto InternetLabs, quanto a presença de um déficit legislativo no Brasil, relativo a estrutura jurídica necessária para se estabelecer uma regulação “triangular”, tem que se dizer que realmente existe o déficit legislativo, assim como tal existe nos Estados Unidos. Isso é porque, embora o Brasil já dependa de empresas para regular as redes sociais, este ainda assim não avançou de maneira significativa, pelo menos por enquanto, no desenvolvimento de leis e entendimentos legais que permitam ao Estado regular as empresas de maneira que se garanta a proteção dos direitos de seus constituintes.

Dito isso, deve ser salientado o já discutido ponto que o aprimoramento do aparato legal brasileiro é essencial, e é algo que deve ser enfrentado de maneira imediata, pois a execução de tal identificação de forma que suficientemente leve em conta contextos específicos de cada expressão é de grande dificuldade, uma tarefa que tem que levar em conta múltiplas facetas e fatores, como assim foi exposto ao longo desta monografia.

Embora enfrente os mesmos problemas, o Brasil tem vantagens próprias para lidar com hipotética evolução legal: o seu sistema judicial único, e a já mencionada relação “horizontal” que existe entre os direitos fundamentais, ou em outras palavras, o fato relevante que a proteção aos direitos fundamentais se aplica igualmente a cidadãos e ao Estado.

Esta vantagem também enfrenta outro grande problema da nova relação triangular, a exposta falta de “*accountability*”, a ausência de mecanismos que possam responsabilizar as empresas por erros e exigir a proteção dos direitos de seus clientes. Em situações em que ocorrem violações aos direitos fundamentais, pode o cidadão trazer o caso a justiça para exigir reparação, ato que traz o conflito para dentro da jurisprudência do Estado, permitindo que este proteja, dentro do possível, o cidadão de falhas que ocorram devido a falta de mecanismos legais que redirecionem as prioridades das empresas.

No entanto, esclarece-se este último ponto: simplesmente porque a presença deste sistema é inegavelmente uma vantagem, não significa que o país pode depender apenas dele. Não se pode acreditar que o Brasil pode apenas por meio de ações judiciais para identificar e lidar com casos de regulação do discurso online, especialmente quando o discurso de ódio é um problema crescente. É necessário que sejam continuadas as discussões e pesquisas necessárias para o avanço do Direito Brasileiro, pois ainda não chegou ao ponto no qual pode lidar de maneira suficientemente adequada a dificuldade da tarefa a sua frente.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta monografia teve como objetivo principal identificar, no caso Brasileiro, os caminhos para a regulação do discurso de ódio a luz de uma análise comparativa de fenômeno similar que ocorre nos Estados Unidos, sendo dito fenômeno a necessária adaptação das metodologias nacionais que deve ser executada para enfrentar a proliferação do discurso de ódio online, de maneira a que fossem atendidas as complexas demandas envolvidas na regulação de dito discurso, quais seriam problemas que o Brasil viria a enfrentar, em vista de seu contexto histórico-jurídico particular, e qual seria o nível de dificuldade esperado nesta transição.

A resposta, reitera-se, é que o Brasil tem uma longa e complexa adaptação legal a sua frente, um difícil período de transição no qual terá que trabalhar para suprir seu deficit legislativo relativo a aparatos jurídicos de regulação do discurso de ódio. Mais especificamente, o país adentra período no qual terá que aprimorar o seu entendimento jurídico do discurso ódio e terá que, usando este entendimento, formular um corpo legal que possa garantir a plena realização desta regulação por meio das empresas provedoras das redes sociais, as únicas entidades capazes de realizar a descomunal tarefa de se regular o incompreensível fluxo de comunicação que constitui as redes sociais.

Recorde-se, que a regulação do discurso público exige um aparato jurídico sofisticado, que leve em conta tanto o contexto quanto o conteúdo de uma manifestação. As consequências

da ausência de regulação, contudo, são graves, como informa o caso americano. A superproteção do direito de se manter qualquer ponto de vistas específico acaba permitindo o perdurar e proliferar do discurso de ódio e da desinformação.

Porém o ataque baseado apenas no conteúdo, a exemplo dos métodos baseados apenas no banimento de posts contendo palavras-chaves específicas, acaba não apenas falhando em enfrentar a proliferação do discurso, que pode escapar se não usar as palavras-chave, mas também acaba por ferir a liberdade de expressão.

Em face de tudo que foi exposto, vários pontos encontram-se, nos limites do escopo desta monografia, estabelecidos.

Foi estabelecida a gravidade e presença do discurso de ódio, que se trata de um problema que não pode ser ignorado, pois sua proliferação constitui falha por parte de um Estado na garantia do direito fundamental da dignidade humana. Portanto, foi identificada e confirmada a presença de uma ameaça às garantias constitucionais consagradas pelo direito moderno que exigem respostas por parte dos sistemas de Direito específicos aos contextos nos quais esta ameaça se manifesta, na forma de regulações também específicas a ditos contextos.

Estabelecemos também a mudança no contexto factual e histórico, o que acentuou o problema do conflito entre liberdade de expressão e controle do discurso de ódio.

Como foi exposto, o advento das redes sociais não apenas amplificou a ameaça do discurso de ódio, mas também mudou a demanda de recursos e estrutura necessária para possível regulação do discurso público. Em ambos os casos, estas mudanças tiveram uma origem em comum, a completa alteração de escala e de alcance das comunicações públicas a serem reguladas.

Como expôs Robalinho (2021), simplesmente não é possível a um Estado moderno regular o discurso de ódio nas redes sociais por si só. A quantidade incontável de expressões comunicadas todos os dias por meio das redes torna tal objetivo impossível de ser atingido. Por esta razão, as democracias modernas se encontram em situação na qual não existe escolha além de contar nas entidades que possuem a experiência e estrutura técnica para realizar a dita regulação, estas sendo as próprias provedoras das redes sociais.

Ou seja, as democracias modernas se encontram em situação no qual o combate a proliferação do discurso de ódio, uma tarefa fundamentalmente complexa, na melhor das hipóteses, tem que ocorrer por meio de *proxy*, algo que, no aparato jurídico pré-existente, criado com o propósito de realizar ditas regulações em um mundo no qual as o papel das redes sociais, não havia ao menos sido imaginado. O ordenamento não possui as ferramentas para lidar com seu novo contexto.



O Brasil, se colocado em tal situação, de fato sofreria deste exato problema: falta de ferramentas. Devido à complexidade das demandas envolvidas na regulação do discurso público, é uma necessidade um aparato jurídico sofisticado, que leve em conta, tanto o contexto, quanto o conteúdo de uma manifestação. As consequências da falta de semelhantes instrumentos são graves, como informa o caso americano.

A superproteção do direito a se manter qualquer ponto de vista específico acaba permitindo o perdurar e proliferar do discurso de ódio e da desinformação.

Porém o ataque baseado apenas no conteúdo, a exemplo dos métodos baseados apenas no banimento de posts contendo palavras-chaves específicas, acaba não apenas falhando em enfrentar a proliferação do discurso de ódio, que pode escapar do controle se não fizer uso das palavras-chave, mas também acaba atacando tentativas sinceras e legítimas de discussão, ideias políticas de maior valor, que devem ser protegidas.

O desafio se torna ainda mais pronunciado diante da ausência de aparato jurídico pra lidar com a complexidade da tarefa, algo evidenciado fortemente pela falta de algo que múltiplos autores definem como essencial, especialmente neste ponto de transição, uma clara definição do discurso de ódio, algo que o Brasil não tem.

É preciso também se refletir sobre um último ponto, igualmente grave: o enfrentar destes problemas, ou para ser mais exato, fazer frente às adaptações e desafios que os originam, é uma realidade quase inescapável no Brasil.

Como expõe Jack Balkin, assim como os autores Wilson e Land e Ana Beatriz Robalinho, a mudança para algum modelo de regulação do discurso público baseado na regulação "triangular" – vale dizer, com o Estado verificando e impondo transparência (accountability), fixando padrões mínimos para mediação e controle, e na defesa, na outra ponta, dos direitos individuais de expressão - é uma imposição, primeiro, dos próprios fatos e características das redes sociais, e da internet: a falta de estrutura técnica, institucional e jurídica que permitiria ao Estado regular as redes sociais por si só.

Por outro lado, também vimos e comprovamos que, no Brasil, é menos necessário, e não razoável, em comparação com os Estados Unidos, deixar o controle do discurso às empresas em livre atuação, pois a arquitetura constitucional brasileira, mais do que admite, exige eficácia e irradiação horizontal dos direitos fundamentais, regulando e afetando também as relações entre particulares.

A regulação triangular do discurso de ódio, portanto, e em conclusão, é o caminho que parece inevitável, e adequado, para o Brasil, como de resto para as democracias modernas, para

as quais, todas, a liberdade de expressão é tão central como se impõe que seja à proteção à dignidade humana, e o controle e repressão ao discurso de ódio.

Reconhece-se, no entanto, que o simples uso de raciocínio analítico para dissecar a maior ou menor gravidade do discurso de ódio em circunstâncias particulares não é suficiente para se compor uma medida de restrição adequada. É necessária a aplicação do conhecimento obtido por meio de tais análises, assim como a consideração dos vários fatores descritos até este ponto, para a formulação de mecanismos legais capazes de identificar propriamente o ato de discurso de ódio e restringir o ato de forma proporcional. A criação, ou mesmo sugestão, de soluções particulares escapa do escopo desta monografia, que tem o propósito de identificar os problemas que o Brasil de fato vai enfrentar, assim como que vantagens este tem, na adaptação ao paradigma do advento das redes sociais.

## REFERÊNCIAS

ALBERTO JR., Carlos. Ex-funcionária acusa Facebook de lucrar intencionalmente com discurso de ódio. Showmwtech, 2021. Disponível em: <https://www.showmetech.com.br/facebook-acusado-de-lucrar-discurso-de-odio/> Acesso em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/facebook-prefere-lucro-seguranca-afirma-ex-funcionaria-que-delatou-atitudes-danosas-da-empresa-25223366> Acesso em 5/3/2022, às 05.49h.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 19. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acessado em 29 mar. 2022.

BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, n. 7, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros; CAMARÃO, Felipe Costa. **A Superação de Paradigmas: A Suprema Corte Americana Após a Década de 30 do Século XX**. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c93fd94c6c44b267> Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, art.220. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 29 mar. 2022

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**., São Paulo-SP: Ed. Martins Fontes 1993.

## DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. Ed. Oxford Press, NY, 1999.

IDEIAS memoráveis do escritor Umberto Eco sobre redes sociais e tecnologia. Época, 2016. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2016/02/5-frases-memoraveis-do-escritor-umberto-eco-sobre-redes-sociais-e-tecnologia.html>. Acesso em: 5 mar. 2022.

LIMONGI, Fernando Papaterra. **O Federalista: Remédios Republicanos para Males Republicanos, in Os Clássicos da Política**. 2ª Edição, Francisco Weffort, org. Editora Ática, São Paulo-SP, 1991.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, Artur Pericles Lima et al. Armadilhas e caminhos na regulação da moderação de conteúdo. São Paulo: InternetLab, 2021.

PRECONCEITO. Michaelis, 2022a. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=laWld> Acesso em: 19 mar. 2022.

PRECONCEITO. Infopedia, 2022b. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/preconceito> Acesso em: 19 mar. 2022

ROBALINHO, Ana Beatriz. Precisamos (continuar a) falar sobre regulação de conteúdo nas redes sociais. **Conjur**, 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-out-02/observatorio-constitucional-precisamos-falar-regulacao-conteudo-redes-sociais#\\_ftn15](https://www.conjur.com.br/2021-out-02/observatorio-constitucional-precisamos-falar-regulacao-conteudo-redes-sociais#_ftn15). Acesso em: 27 mar.2022.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do Hate Speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro.2004.

SILVA, Júlio César Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Rev. direito GV**, v. 11, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1808-2432201503>, acesso as 20:45 do dia 26/03/2022.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369419463>.

SOARES, Rosana de Lima. No rastro do discurso: para pensar a comunicação. **RuMoRes**, v. 2, n. 3, 2008. DOI: 10.11606/issn.1982-677X.rum.2008.51125. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/51125> Acesso em: 22 mar. 2022.

WILSON, Richard A.; LAND, Molly. Hate Speech on Social Media: Content Moderation in Context. **Connecticut Law Review**, n. 449, 2021. Disponível em: [https://opencommons.uconn.edu/law\\_review/449](https://opencommons.uconn.edu/law_review/449), acesso 27/03/2022, 17:08