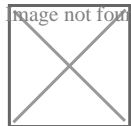


Discurso do Ódio, mídias sociais e deveres de informação

A temática da liberdade de expressão e de informação e seus limites têm sido pauta recorrente desta coluna, incluindo as questões ligadas ao assim chamado discurso do ódio, seja ele veiculado off-line, seja ele instilado pela via digital, destaque para as plataformas de mídias sociais on-line.

image not found or type unknown



Desta feita, contudo, muito embora se trate de um caso em que o discurso do ódio assume uma posição central, o objetivo principal é o de apresentar, em caráter sumário, decisão recente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (doravante TCF), no bojo da qual se decidiu pela procedência de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) mediante a qual a reclamante pretendia, revertendo decisão das instâncias ordinárias, obter judicialmente do Facebook informações relativas às pessoas que haviam postado uma série de mensagens e material ofensivo, de modo a permitir a sua responsabilização pelas vias próprias.

A decisão, proferida pela 2ª Câmara do 1º Senado, em 19 de dezembro de 2021 (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 – 1 BvR 1073/20, Rn. 1-53, disponível [aqui](#)), não apenas se revela de grande atualidade e interesse por tratar, como tantas outras, da liberdade de expressão e de informação, mas também por dizer respeito a aspectos relacionados à pioneira, mas polêmica, legislação alemã sobre a regulação de conteúdo das mídias sociais (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – doravante NwDg). Particularmente emblemática, é a relevância do julgado para a definição, no âmbito de uma vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, da responsabilidade das plataformas de mídias sociais no sentido de prestarem informações sobre a identidade e contatos de seus usuários, para efeitos, no caso, de viabilizar a sua responsabilização por determinados conteúdos postados.

Antes, contudo, de tecermos alguns comentários sobre a decisão, indispensável, ainda que em caráter sumário, fazer, em traços gerais, a sua apresentação.

A requerente, autora da reclamação constitucional, uma parlamentar do Partido Verde alemão (*Die Grünen*), foi alvo de diversos comentários ofensivos de usuários do Facebook, em 2015, após a publicação na rede social Facebook que descontextualizou uma fala sua, falsamente afirmando que ela defendia a possibilidade de relação sexual com crianças, desde que não houvesse violência. Em um debate, também em 2015, um membro do Partido Verde foi questionado sobre a punição por crimes sexuais, incluindo pedofilia, e, de acordo com a ata da sessão, a parlamentar interrompeu e gritou “vírgula, se não há violência envolvida!”. A foto da reclamante foi inserida na publicação na rede social, que recebeu diversos comentários, vários de cunho manifestamente ofensivo, endereçados contra a manifestação descontextualizada da parlamentar.

Na sequência, a parlamentar ingressou com uma ação contra a plataforma para ter acesso aos dados armazenados pelo Facebook sobre os usuários que comentaram na postagem, a fim de que pudesse ingressar judicialmente contra cada um deles, fundamentando seu pleito no artigo 14 (3), da Lei de

Telemídia (*Telemediengesetz*) vigente à época, cujo teor hoje está contido hoje no art. 21 (2) e (3) da Lei de Telecomunicações e Proteção de Dados (*Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz*).

De modo geral, os tribunais inferiores negaram parcialmente o pedido da requerente.

Em decisão de setembro de 2019, o Tribunal de Berlim (*Landgericht Berlin*) julgou improcedente o pedido da parlamentar, considerando que as manifestações dos usuários do Facebook se vinculavam a fatos específicos e não tinham a capacidade de difamar a requerente em diversos contextos fáticos, devendo ela – enquanto pessoa pública – tolerar determinadas manifestações. Em janeiro de 2020, o Tribunal de Berlim alterou parcialmente a decisão, considerando apenas seis dos vinte e dois comentários indicados como ofensivos e, em razão disso, ordenou o Facebook (hoje Meta) a entregar os dados requisitados.

Em decisão de março de 2020, o Tribunal de Recursos (tradução livre para *Kammergericht*) de Berlim considerou mais seis comentários como ofensivos, totalizando doze comentários, desconsiderando, contudo, outros dez, que, segundo o Tribunal, estariam fora do escopo do tipo penal definido no art. 185 do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) – que trata da injúria -, um requisito para a concessão dos dados dos usuários. Quanto aos demais comentários, o Tribunal também recorreu ao argumento da figura pública da parlamentar para legitimar as manifestações por ela tidas como ofensivas e ilegais.

Não conseguindo satisfazer a sua pretensão na sua totalidade, a requerente ingressou com uma Reclamação Constitucional perante o TCF.

A Corte recebeu a Reclamação tendo em vista a potencial violação dos direitos fundamentais da requerente. Em suma, estava em causa o dever de o Facebook fornecer os dados armazenados sobre seus usuários após a postagem de comentários ofensivos a uma parlamentar alemã, cujo pedido não foi acolhido em sua totalidade pelos tribunais inferiores.

Segundo o TC alemão, em decisão proferida em dezembro de 2021 e publicada em fevereiro de 2022, as decisões anteriores – do Tribunal de Berlim e do Tribunal de Recursos – violaram o direito geral de personalidade da reclamante, com base nos artigos 2 (1) e 1 (1) da Lei Fundamental.

Após constatar que os requisitos necessários para o correto sopesamento entre direitos fundamentais não foram observados pelos tribunais inferiores, o TCF ordenou a anulação das decisões proferidas e o retorno dos autos para o Tribunal de Recursos, a fim de que seja proferida uma decisão suficientemente adequada. Além disso, o TCF entendeu que os Tribunais das instâncias ordinárias não realizaram corretamente o sopesamento dos direitos em questão, ou seja, do direito geral de personalidade da requerente com o direito à liberdade de expressão dos usuários.

Seguindo a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o TCF pontua que o âmbito de crítica a pessoas públicas é maior do que nos casos em que se trata de indivíduos privados, no sentido de pessoas que não exercem cargos públicos ou que não gozam de grande reputação e notoriedade e exposição no meio social.

O TCF também ressaltou que manifestações que se aproximam do menosprezo, da mera ofensa e que

são voltadas à degradação e humilhação, tendem a ser menos protegidas se comparadas com aquelas expressões que envolvem o debate e o interesse público. Além disso, para a Corte as manifestações críticas sobre pessoas públicas, sobretudo políticos, não dependem apenas do tipo e das circunstâncias da declaração, mas também da posição por elas ocupadas e da atenção por elas demandadas.

Para o TC alemão, o Tribunal de Recursos, ao afirmar que determinada manifestação tão-somente atinge a personalidade de um indivíduo na medida em que seja ofensivo em todos os contextos fáticos possíveis, adotou uma justificativa incompatível com os direitos da personalidade. Ademais, o contexto online, que se caracteriza pela imediatividade das comunicações e pela anonimização dos usuários, deve ser considerado, tendo em vista a potencialização do efeito ofensivo de determinada declaração. Ao mesmo tempo, devem ser avaliadas as circunstâncias da manifestação – e. g. se repetitiva, se realizada mediante o uso de imagens do ofendido, etc., assim como deve ser aferido se as declarações foram proferidas no “calor do momento” ou permitiram maior período de reflexão.

Aliás, ainda que a liberdade de expressão seja protegida *prima facie* naquilo que envolve declarações que visem criticar pessoas públicas quanto ao poder que exercem em sociedade (*Machtkritik*), nem toda crítica será legítima, designadamente quando se trata de uma manifestação que vise apenas ofender. Afinal, só se pode esperar que haja interesse no engajamento e na representação da sociedade se as pessoas que exercerem esse papel tenham seus direitos pessoais protegidos.

Para o TCF, inexistindo motivos que pudessem justificar a renúncia ao sopesamento, não é suficiente apenas indicar a prevalência da liberdade de expressão; o fator decisivo na avaliação de potencial violação do direito geral de personalidade é o significado da manifestação tomando por base o entendimento de um público médio, imparcial e esclarecido, e não a intenção da pessoa que emitiu a declaração. O ponto é que os direitos fundamentais envolvidos, de ambas as partes, devem ser devidamente levados em conta, ponderando-se os aspectos relevantes do caso concreto, tarefa essa, todavia, cometida aos tribunais especializados das instâncias ordinárias.

Ao fim e ao cabo, o TCF acabou anulando as decisões anteriormente proferidas e determinou que seja emanada uma nova pelo Tribunal de Recursos, não sendo descartada a hipótese de que seja adotado posicionamento diverso do até então empregado, tendo em vista a necessidade, na reapreciação do caso, de o direito geral de personalidade da requerente ser sopesado com a liberdade de expressão à luz das circunstâncias do caso concreto.

A decisão, cujo texto serviria como substrato para uma aula sobre liberdade de expressão e seus limites na Alemanha, encerra uma série de questões inviáveis de avaliar no contexto da presente coluna, ainda que se o fizesse em caráter meramente esquemático.

Alguns pontos, contudo, merecem particular destaque, pois são de interesse universal e, em maior ou menor medida, guardam pontos de contato com a teoria e prática constitucional brasileira e poderiam até mesmo, com a devida filtragem, ser recepcionados.

Note-se que as manifestações de caráter ofensivo contra as quais se voltou a reclamante e em virtude das quais aforou demanda contra o Facebook, enquadram-se, segundo a reclamante e de acordo com (em parte) o que reconheceram os tribunais ordinários e mesmo o TCF, no conceito de conteúdos ilícitos tal



qual definidos pelo parágrafo primeiro, inciso terceiro do NwDg.

Dentre as inúmeras postagens relacionadas pela reclamante, chamam a atenção algumas particularmente agressivas, como, por exemplo, que a chamaram de “vagabunda”, “porca”, “pedófila suja”, entre outras.

Nesse sentido, é de se sublinhar que o TCF reafirmou sua doutrina a respeito dos limites da liberdade de expressão, destacando que quando se trata de manifestações claramente ofensivas, destinadas a degradar, humilhar, rebaixar, uma pessoa, não tendo mais conteúdo que possa ser legitimamente tido como crítico, ainda que muito intenso, o direito de personalidade e mesmo a dignidade da pessoa humana estarão sendo violados, situações nas quais, não é necessário recorrer à técnica da ponderação, o que, contudo, se deverá fazer quando não claramente caracterizado o quadro acima delineado, aquilo que na Alemanha se designa por *Schmähkritik*.

Não se configurando uma tal situação excepcional, a posição preferencial será da liberdade de expressão, mas que poderá, a depender das circunstâncias do caso concreto, ceder no contexto de uma ponderação que tenha por finalidade resolver a colisão de direitos fundamentais em questão.

Da mesma forma, ainda de acordo com a práxis do TCF, muito embora as pessoas públicas sejam mais expostas, e, portanto, possam ser alvo de críticas e manifestações mais intensas, tais pessoas não podem ficar completamente à mercê de toda e qualquer ofensa, porquanto, quando se trata de sua dignidade, também são merecedoras da proteção de seus direitos da personalidade.

A ausência de uma ponderação (a ser realizada pelas Instâncias ordinárias) – o mesmo ocorre quando substancialmente carente de adequada fundamentação – configura, por sua vez, uma violação do direito de personalidade da (s) parte (s).

Outrossim, embora tal aspecto não tenha sido particularmente desenvolvido na decisão, trata-se de (mais um) caso envolvendo a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas e a vinculação, ainda mais em se tratando de atores sociais muito poderosos e de situações de acentuada assimetria de poder, tudo a demonstrar que, seja pela via direta, seja mediante a assim chamada indireta (que, no caso, soa mais compatível com as circunstâncias), os particulares também encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, o que deve valer, e cada vez mais, para as plataformas de mídias sociais, sem que com isso se possa abrir mão de uma posição preferencial da liberdade de expressão e de informação.