

---

# FATOS ALTERNATIVOS, FAKE NEWS, DISCURSO DE ÓDIO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO?



Kessal-Wulf, Sibylle

---

**Sibylle Kessal-Wulf**

Universidade de Kiel/Alemanha, Alemanha

## **Direito em Movimento**

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

ISSN: 2179-8176

ISSN-e: 2238-7110

Periodicidade: Semestral

vol. 20, núm. 2, 2022

direitoemmovimento@tjrj.jus.br

URL: <http://portal.amelica.org/amelijournal/639/6393756011/>

**Resumo:** A liberdade de formação de opinião pressupõe a liberdade de expressar e propagar opiniões também, porém a liberdade de se informar e de tomar conhecimento de opiniões expressadas nesse contexto. Afirmações não verídicas (“fatos alternativos”) são fundamentalmente excluídas da proteção à liberdade de expressão. Quando uma delimitação exata entre expressão de opiniões (juízos de valor) e afirmações factuais não é possível, a expressão deve – em nome de uma proteção efetiva à Lei Fundamental – ser vista como expressão de opinião protegida pela Lei Fundamental. No entanto, a liberdade de expressão deve também ter limites. De acordo com a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal, ocorre uma interação entre a liberdade de expressão e as leis gerais, como, por exemplo, a proteção à honra. No caso individual, é preciso contrapor a gravidade da lesão pessoal de um lado e a restrição à liberdade de expressão por meio de sua proibição de outro. Uma divulgação on-line pode agravar o efeito de lesão à honra. A Lei Fundamental alemã decidiu explicitamente em prol da “democracia militante”, para que os inimigos da Constituição não possam apelar às liberdades concedidas pela Lei Fundamental para ameaçar, prejudicar nem destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado sob a proteção dessas liberdades.

**Palavras-chave:** Fatos alternativos, democracia militante, liberdade de expressão, barreiras, teoria da interação.

**Resümee:** Freie Meinungsbildung setzt die Freiheit voraus, Meinungen zu äußern und zu verbreiten, aber auch die Freiheit, sich zu informieren und in diesem Zusammenhang geäußerte Meinungen zur Kenntnis zu nehmen. Unwahre Tatsachenbehauptungen („alternative Fakten“) sind grundsätzlich nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst. Wo eine genaue Abgrenzung zwischen Meinungsäußerungen (Werturteilen) und Tatsachenbehauptungen nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes allerdings insgesamt als grundrechtlich geschützte Meinungsäußerung angesehen werden. Meinungsfreiheit darf und muss aber auch Grenzen haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet eine Wechselwirkung zwischen der Meinungsfreiheit und den allgemeinen Gesetzen bzw. dem Ehrschutz statt. Es bedarf im jeweiligen Einzelfall einer Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch ihr Verbot andererseits. Dabei kann eine Verbreitung im Internet die ehrbeeinträchtigende Wirkung verschärfen. Das

deutsche Grundgesetz hat sich ausdrücklich für die „wehrhafte Demokratie“ entschieden, damit Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter dem Schutz dieser Freiheiten die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staats gefährden, beeinträchtigen oder zerstören können

**Schlüsselwörter:** Alternative Fakten, wehrhafte Demokratie, Meinungsfreiheit, Schranken, Wechselwirkungslehre.

## I.

Senhoras e senhores, cheguemos a uma conclusão.

A democracia precisa de liberdade de opinião e diversidade de opiniões para se desenvolver e evoluir. A democracia deve, portanto, não só tolerar a opinião divergente, mas também a opinião incômoda e até mesmo a opinião equivocada e aberrante. É precisamente aqui que a força democrática é demonstrada.

Mas, acima de tudo, a democracia precisa de uma coisa: de democratas que lhe dão vida. A democracia só pode ser protegida e preservada se os cidadãos se identificarem com ela e participarem no debate intelectual e político. Se isso faltar porque, diante de fake news, shitstorms e discursos de ódio, ninguém deseja se envolver, concorrer a um cargo público ou representar o Estado neste gabinete, então estamos realmente ameaçados por um “slippery slope” e, como resultado, por uma “década sem limites”.

Para impedir isso, a liberdade de expressão pode e deve ter limites. A nossa Lei Fundamental alemã optou explicitamente pela wehrhafte Demokratie (democracia de defesa), para que os inimigos da Constituição não possam, invocando as liberdades concedidas pela Lei Fundamental e sob a proteção dessas liberdades, pôr em risco, prejudicar ou destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado.

Porque não é só a democracia que precisa de nós. Todos nós precisamos da democracia.

O aniversário da nossa Lei Fundamental alemã, no dia 23 de maio, é celebrado a cada ano com numerosos eventos. Neste ano, um desses eventos foi um painel no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o tema: “Fatos alternativos – ainda vivemos no mesmo universo?”

Já em 2017, a Alemanha elegeu a expressão “fatos alternativos” como a “palavra mais feia do ano”. Jurados voluntários, linguistas em sua maioria, selecionam essa palavra todos os anos. Segundo os jurados, a designação “fatos alternativos” seria uma expressão velada e enganosa para a tentativa de legitimar afirmações erradas como recurso aceitável no debate público. “Fatos alternativos” são um fenômeno do Zeitgeist, do “espírito do tempo”, que nasceu nos Estados Unidos na era de Trump. Mas, há muito, faz parte também da realidade constitucional alemã. O relatório anual de proteção da Constituição de 2021 se ocupa intensamente com os ataques dos inimigos da Constituição, que, embora visem diretamente aos representantes das mídias, aos políticos e a outras pessoas da vida pública, se voltam contra a liberdade de expressão e o pluralismo social e, portanto, contra valores centrais da nossa Constituição.

No entanto, duvido que a pergunta se todos nós “ainda vivemos no mesmo universo” seja o ponto de partida correto. É claro que vivemos no mesmo universo. É justamente por isso que não devemos ignorar o efeito desestabilizador dos “fatos alternativos”. Proveniente do latim, “universo” significa simplesmente “totalidade” – no nosso caso, isso equivale à “coletividade”, de cujas estruturas ordenadoras todos nós dependemos. No entanto, recentemente, as condições para essa totalidade, para a nossa vida nessa coletividade, têm mudado, e disso resultam perigos, que devem ser confrontados pela política e pelo direito.

## II.

1. Sempre existiram tentativas de formar opiniões políticas ou pontos de vista públicos, manipular conhecimento e direcionar o comportamento social geral para os objetivos desejados – basta pensar na propaganda em regimes ditatoriais em geral ou no nazismo em especial.<sup>2</sup> Novas são, porém, as dimensões técnicas que encontramos na era da globalização e da Internet. Espaços de opinião virtuais, nos quais os usuários se reforçam mutuamente em determinada opinião, se tornam cada vez mais importantes para a seleção de informações pelo indivíduo. Prestadores de serviços como Facebook (Meta) e Google assumem também a tarefa de, por meio de algoritmos específicos, ajudar o consumidor midiático a filtrar as informações relevantes para ele e, assim, decidir quais informações lhe são oferecidas. Há muito, a pergunta já não é mais: “como formo minha opinião?”, mas, com uma frequência cada vez maior: “quem forma a minha opinião?”

2. Novas técnicas (digitais) significam progresso, mas podem causar aquilo que, em inglês, é chamado de “slippery slope”.

- A digitalização transformou a comunicação e, assim, também o acesso ao discurso democrático: o simplificou e acelerou. Ela pode ser reduzida à fórmula “minimizar o esforço e maximizar o alcance”. Contudo, devido à disseminação digital irrestrita, os remetentes perdem facilmente o controle sobre o que dizem. É praticamente impossível reverter a desinformação, e ela pode até mesmo desenvolver a sua própria dinâmica. A possibilidade de participar anonimamente de discussões ou sob um pseudônimo também reduz a inibição; observamos uma brutalização crescente da comunicação. Declarações de muitos usuários individuais – planejadas ou espontâneas – se transformam em ataques coletivos (os chamados “shitstorms”).

- Isso intensifica a polarização das opiniões. Surgem novos conflitos, a luta pela opinião pública é acirrada, tolerância e cultura de debate se tornam palavras desconhecidas. Quando isso acontece, falamos em “ódio digital”.

- A mera possibilidade de uma desinformação que utiliza meios digitais leva a uma atmosfera de desconfiança mútua e a um clima social insalubre. A validade de declarações públicas de todos os tipos passa a ser verificada rotineiramente; afinal de contas, os fatos subjacentes podem ser “alternativos”. As discussões nos meios de comunicação são naturalmente acompanhadas por uma “verificação dos fatos”.

- “Fatos alternativos” comprovados, independentemente de onde venham, minam a confiança dos cidadãos nos titulares de cargos públicos. No entanto, essa confiança é essencial numa democracia representativa e é indispensável para o convívio numa sociedade baseada no pluralismo. Isso pode resultar numa “fadiga política” e no afastamento dos cidadãos do sistema político da democracia.

Devemos, portanto, fazer-nos perguntas completamente diferentes do que a pergunta se vivemos no mesmo universo: como evitamos a “descida escorregadia” (slippery slope)? Como podemos evitar que a nossa década atual entre na história como a “década irrestrita” ou até mesmo como a “década desinibida” no que diz respeito às notícias falsas e aos discursos de ódio, ou seja, uma década em que regras legais e sociais anteriormente aceitas e estabelecidas universalmente simplesmente se dissolveram?

3. As primeiras consequências desse “declive escorregadio” já são perceptíveis: o Estado perde a sua capacidade de direcionamento, a sociedade perde a sua competência social, a democracia perde as bases para um discurso público absolutamente necessário para o seu funcionamento.

- A ação política orientada e os processos democráticos se tornam mais difíceis. Evidentemente, as disputas sobre diferentes posições e opiniões sempre moldaram a nossa coexistência, até mesmo – ou especialmente – numa democracia. No entanto, num contexto de um discurso de ódio contra candidatos a cargos públicos, um número cada vez menor de cidadãos estará disposto a concorrer em eleições e a realizar uma campanha eleitoral. Em nível político local, na Alemanha, candidatos já retiraram a sua candidatura a um mandato, a fim de protegerem a si mesmos, a sua família ou o seu ambiente empresarial.

- A pandemia do coronavírus é outro caso problemático: na Alemanha, circularam informações falsas não só sobre o vírus em si, mas também sobre os perigos e a ineficácia da vacinação. Além disso, houve

a disseminação de teorias de conspiração racistas e antisemitas. O relatório atual sobre a proteção da Constituição para 2021 contém pela primeira vez um capítulo separado sobre movimentos que surgiram no decurso dos protestos contra as medidas para conter a pandemia e que se radicalizaram cada vez mais. O relatório afirma literalmente: “Surgiu aqui uma cena anticonstitucional que ataca persistente e sistematicamente as medidas e instituições estatais, que deprecia o parlamentarismo, desrespeita deliberadamente as decisões judiciais de forma provocatória e ataca verbal e fisicamente os representantes das mídias”. Houve apelos públicos na Internet para uma tentativa de assassinato do primeiro-ministro de um estado federal que se tinha pronunciado a favor de medidas mais rigorosas contra o coronavírus; o ministro federal da saúde como representante de uma suposta “ditadura da Covid” deveria ser sequestrado e torturado; e o governo federal, derrubado. Houve marchas em frente da residência particular do primeiro-ministro de outro estado federal, que, obviamente, pretendiam ter um efeito intimidante. O Tribunal Constitucional Federal foi acusado de confirmar de forma contundente as decisões legislativas referentes à pandemia e de, assim, tornar-se um instrumento do “regime da Covid”.

- Em vista do grande número de infrações cometidas na Internet, os cidadãos estão também vivenciando cada vez mais no seu ambiente pessoal imediato que polícia e judiciário não estão dando conta de todos os casos, experimentando, portanto, uma falta de aplicabilidade do direito penal em particular. O abismo entre “estar no direito” e “obter justiça” está aumentando na esfera digital. A impotência da vítima é contrastada pela certeza do perpetrador de que ele não corre nenhum risco real de ser processado (criminalmente). Isso cria a impressão fatal de que a Internet é um espaço sem lei.

### III.

É tarefa conjunta dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – intervir e tomar contramedidas. Isso pode ser feito em nível factual, mas deve ser feito principalmente em nível jurídico.

1. No nível factual, vale observar os fatos e corrigi-los, se necessário. O nosso Comissário Federal de Eleições<sup>3</sup> tem sido muito bem-sucedido: nas últimas eleições federais de setembro de 2021, circulavam informações nos meios de comunicação social cujo objetivo era desinformar deliberadamente os eleitores.

É tarefa conjunta dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – intervir e tomar contramedidas. Isso pode ser feito em nível factual, mas deve ser feito principalmente em nível jurídico.

1. No nível factual, vale observar os fatos e corrigi-los, se necessário. O nosso Comissário Federal de Eleições<sup>3</sup> tem sido muito bem-sucedido: nas últimas eleições federais de setembro de 2021, circulavam informações nos meios de comunicação social cujo objetivo era desinformar deliberadamente os eleitores. O Comissário Federal de Eleições pegou notícias falsas que tinham chegado ao seu conhecimento e as corrigiu no seu site.

Um exemplo de tal desinformação: eleitores de primeira viagem podem participar de uma loteria quando votam nas eleições para o Bundestag; tudo que precisam fazer é escrever o seu nome na cédula de votação. Correção: não existe loteria vinculada a eleições federais.

Atenção: se uma referência à identidade do eleitor for escrita na cédula de votação (que indique o seu nome, por exemplo), o voto será considerado inválido, porque põe em risco o princípio do voto secreto (parágrafo 39, seção 1, artigo 1, número 5, da BWG).

2. Em nível jurídico, a comunicação digital nas redes sociais levanta sobretudo questões complexas referentes aos direitos fundamentais.

a) O Tribunal Constitucional Federal ressaltou já em 1956 (decisão de proibição da KPD) que a liberdade de opinião<sup>4</sup> é “sem dúvida um dos mais nobres direitos legais de qualquer democracia liberal”. Outra decisão de 1958 (Lüth) afirma: “É apenas no conflito de opiniões expressas em igual liberdade que se forma a opinião pública, e os membros individuais da sociedade que são abordados formam as suas opiniões pessoais”.

Desde então, essa abordagem tem sido consistentemente aplicada pela jurisprudência dos tribunais constitucionais. A liberdade do debate intelectual é uma condição indispensável para o funcionamento da democracia liberal, porque é a única forma de assegurar o debate público sobre questões de interesse geral e significado político do Estado. A formação livre de opinião ocorre num processo de comunicação. Ela pressupõe, de um lado, a liberdade de expressar e divulgar opiniões e, de outro, a liberdade de se informar e de tomar conhecimento das opiniões expressas nesse contexto.

O Tribunal Constitucional Federal formulou isso da seguinte forma: o direito fundamental à liberdade de expressão é a expressão mais direta da personalidade humana na sociedade e um dos direitos humanos mais nobres de todos. Em certo sentido, é a base de toda liberdade pessoal.

a) Em princípio, isso significa: posso dizer absurdos e posso acreditar em absurdos. Juízos de valor são protegidos, e não importa se sejam emocionais ou racionais, valiosos ou inúteis, certos ou errados do ponto de vista dos outros. Existe um direito constitucionalmente protegido à irracionalidade e até mesmo à estupidez.

Mas se me é permitido acreditar em disparates, também me é permitido propagá-los? De um lado, a transformação digital alterou profundamente a formação da opinião pública, e isso deve ser levado em conta à luz do artigo 5º da Lei Fundamental. De outro, vale evitar o que chamamos de “entulhamento verbal” dos meios de comunicação social.

(1) O Tribunal Constitucional Federal decidiu que declarações falsas não são protegidas pelo direito à liberdade de opinião, porque fatos não são juízos de valor. Juízos de valor são caracterizados pelo fato de conterem um elemento de opinião que está ausente em meras afirmações factuais. Essa é, a princípio, uma afirmação muito clara, mas é difícil mantê-la.

Distinguir expressões de opinião, de um lado, e afirmações factuais, de outro, pode ser difícil, porque as duas estão frequentemente interligadas e só em conjunto constituem o significado de uma declaração. Quando uma distinção não é possível, a declaração deve, no interesse de uma proteção eficaz dos direitos fundamentais, ser considerada uma declaração de opinião como um todo e incluída no âmbito da proteção da liberdade de opinião. Caso contrário, existe o risco de uma redução substancial da proteção dos direitos fundamentais.

(2) Apesar dessa interpretação generosa dos direitos fundamentais, a própria Lei Fundamental indica limites à liberdade de expressão. Ela encontra os seus limites nas normas jurídicas das leis gerais, nas normas jurídicas para a proteção da juventude e no direito à honra pessoal (artigo 5 (2) Lei Fundamental).

As leis gerais são leis que não proíbem uma opinião como tal, mas que servem para proteger um direito legal individual que deve ser protegido em geral, sem levar em conta uma opinião específica, ou para proteger um valor comunitário que prevalece sobre o exercício da liberdade de expressão. Ameaças e menosprezo de outras pessoas não são protegidos pela liberdade de expressão, pois infringem a honra pessoal. As formas de expressão podem também ser relevantes sob o ponto de vista do direito penal, especialmente se incluírem insultos. Nesse sentido, existem, sobretudo, limites para a forma de expressar uma opinião.

De acordo com a jurisprudência consistente do Tribunal Constitucional Federal, existe uma interação entre a liberdade de opinião e as leis gerais, por exemplo, a proteção à honra. Em outras palavras, os limites da liberdade de opinião devem, por sua vez, ser interpretados à luz do direito fundamental limitado, ou seja, da liberdade de opinião. O ponto de partida metodológico para essa teoria da interação é uma avaliação da gravidade da lesão à personalidade, de um lado, e, de outro, da perda da liberdade de expressão pela sua proibição.

Essa avaliação é exigida regularmente e só é dispensável sob condições muito rigorosas: no caso de violações da dignidade humana e no caso de insultos formais, ou seja, no caso de difamação que resulta precisa e exclusivamente da forma ou das circunstâncias externas. Isso inclui a chamada “crítica difamatória”, cujo foco não está numa disputa substantiva sobre uma declaração correspondente, mas na difamação de uma pessoa. Exemplo: sem análises ou considerações adicionais, um político não é obrigado a aceitar que seja chamado de “lixo tóxico” ou que seja comparado a fezes. No entanto, a princípio, uma declaração pode ser ácida, exagerada ou polêmica, sem por isso já constituir uma crítica difamatória.

Como regra, haverá, portanto, uma avaliação. A proteção à honra pode ser relegada a um nível secundário, por exemplo, se a declaração não for feita na esfera privada, mas se referir a uma questão pública. A ideia por trás disso é a seguinte: se os cidadãos deixarem de participar do discurso público por medo de sanções jurídicas, isso pode pôr em risco os fundamentos da democracia, porque já não há uma troca de opiniões livre (o chamado efeito “silenciador”). Parte da liberdade de expressão protegida pelos direitos fundamentais é que um cidadão possa atacar um funcionário público que ele considere responsável de uma forma acusatória e personalizada, justamente sem ter que temer que os elementos pessoais de tais declarações sejam retirados desse contexto e constituam uma base para sanções judiciais.

No entanto, isso não significa que funcionários públicos e políticos devam agora aceitar tudo como resultado de tal avaliação. Afinal, só podemos esperar que haja um desejo de participação no Estado e na sociedade se àqueles que se envolvem e contribuem publicamente for garantida uma proteção suficiente aos seus direitos pessoais. Por isso, uma proteção eficaz aos direitos pessoais dos políticos ou outros funcionários públicos – isso inclui todos os juízes – é também de interesse público, o que pode aumentar o peso desses direitos no processo de avaliação.

Além disso, importa também quem toma conhecimento da declaração: a pessoa em questão, os participantes de um evento fechado ou o público em geral? A declaração é feita apenas oralmente, é perpetuada (por escrito) ou “imortalizada” na Internet, que, como sabemos, não se esquece de nada? Numa decisão de maio de 2020, o Tribunal Constitucional Federal reconhece explicitamente que a Internet pode exacerbar o efeito difamatório e fala, nesse contexto, de “condições de comunicação (digital) intensificadoras de injúrias”.

Em última análise, sempre nos deparamos com classificações que são definidas pelas circunstâncias do respectivo caso individual, mas que se baseiam em critérios constitucionais estabelecidos.

a) Passemos agora para outro aspecto constitucional: “A censura não ocorre” – e de forma tão simples o legislador constitucional regulamentou a relação entre a liberdade de opinião e a intervenção do Estado no artigo 5 (1), frase 3, da Lei Fundamental. Se o cidadão for autorizado a formar e a expressar a sua opinião com base em informações amplas, isso inclui o acesso sem obstáculos aos vários canais de informação. Embora o artigo 5 (1), frase 3, da Lei Fundamental não se aplique diretamente à liberdade de informação, visto que ela só pode ser aplicada depois da publicação por meio de uma contribuição midiática, ela se aplica como reflexo legal se um usuário for prejudicado por medidas de censura na livre disponibilidade das fontes de informação que ele deseja porque estas são suprimidas pelo Estado.

Embora “censura” se refira principalmente à censura preventiva, ou seja, à pré-censura, a ideia de proibir a censura vai mais longe: geralmente, pretende-se evitar a intimidação de opinião ou barreiras à comunicação. Do ponto de vista do participante no discurso, faz pouca diferença se a sua declaração é proibida desde o início ou se ela é ameaçada por consequências negativas posteriores. O que importa é se uma medida conduz efetivamente ao fato de uma opinião não poder ser expressa ou só poder ser levada em consideração de forma limitada, ou seja, se houver um impedimento de comunicação ou um controle da comunicação. Também é evidente que o risco de sanções (penais) subsequentes é visto de forma ainda mais intensa do que a pré-censura, e o efeito de “silenciamento” é assim reforçado. Especialmente para a Internet, é muito claro que uma distinção exata entre pré-censura e pós-censura é praticamente impossível: pois, se a continuação da disseminação do conteúdo uma vez publicado for impedida de forma repressiva, isso significa que aqueles que não conhecem o conteúdo até então são impedidos de tomar conhecimento dele.

b) Último ponto de vista constitucional: que papel desempenha o efeito secundário dos direitos fundamentais? Uma operadora da Internet pode, por iniciativa própria, apagar mensagens dos seus usuários, que são abrangidas pela liberdade de expressão e que, portanto, são legais sob o ponto de vista do direito civil, porque elas violam as regras de comunicação acordadas contratualmente? Essa questão ainda sequer começou a ser discutida e ainda requer esclarecimentos por parte dos tribunais superiores e do tribunal constitucional.

Em todo caso, a interpretação das normas do direito civil em conformidade com os direitos fundamentais não dependerá apenas da liberdade de expressão do usuário afetado pela intervenção da operadora. Uma vez que os usuários fazem uso dos serviços de um prestador de serviços privado nas suas declarações, os direitos fundamentais desse último (tais como o artigo 12 da Lei Básica, a liberdade de exercer a sua profissão) devem também ser levados em conta. Contudo, isso não abarca de forma conclusiva as posições relevantes em matéria de direitos fundamentais. Devido às características especiais do contrato, os direitos fundamentais dos outros usuários devem ser levados em conta no âmbito da avaliação constitucional, de modo que, em última análise, passa a existir uma constelação multipolar de direitos fundamentais, que não é fácil de resolver. Isso porque as normas de comunicação das redes sociais regulam simultaneamente o comportamento dos membros do meio social entre si. A esfera pública digitalizada levanta novas questões porque os indivíduos dependem dos serviços de empresas privadas para a divulgação midiática do seu conteúdo.

3. Analisemos agora as reações da lei comum dos legisladores diante desse pano de fundo constitucional:

a) Em abril de 2021, uma alteração ao Código Penal entrou em vigor na Alemanha com a Lei de Combate ao Extremismo de Direita e ao Crime de Ódio. O legislador fez assim o que gosta de fazer em tais situações: o direito penal é adaptado e acentuado.

A fundamentação da lei explica: na Internet e, mais especificamente, nos meios de comunicação social, observa-se uma brutalização crescente da comunicação, o que põe em risco a liberdade de expressão. No caso de uma interferência maciça no discurso público, muitas vezes também político, o Estado tem o seu próprio interesse em processar o perpetrador, independentemente de a pessoa em causa ter apresentado uma queixa, a fim de impor o Estado de direito e as regras democraticamente estabelecidas na Internet. Assim, para além da lesão dos interesses jurídicos individuais, existe explicitamente uma proteção à troca de opiniões como um todo contra o ódio digital, ou seja, uma proteção do espaço público do discurso e, portanto, um interesse supraindividual da sociedade como um todo, que, de acordo com a vontade legislativa, deverá ser contemplado pelas novas normas do direito penal.

Cito aqui alguns exemplos de algumas das mudanças:

- O reconhecimento – público, numa reunião ou por difusão na Internet – de infrações penais (seção 140, nº 2, Código Penal) já não exige que a infração penal tenha sido efetivamente cometida ou, pelo menos, tentada de forma punível. De acordo com o legislador, a defesa pública da afirmação de que alguém deve ser “executado” deveria ser um exemplo da responsabilidade criminal que agora existe.

- Quando um insulto é cometido em público, numa reunião ou através da sua difusão na Internet (o chamado insulto público pela Internet), o juiz tem à sua disposição um leque de punições mais severas (até dois anos de prisão ou uma multa; qualificação segundo § 185 HS 2 Código Penal).

- Os políticos regionais estão agora incluídos na proteção especial às pessoas na vida política do povo contra calúnia e difamação (seção 188 frase 2 Código Penal) através de um aditamento explícito à disposição penal: “A vida política do povo se estende até o nível municipal”.

Essas podem ser abordagens corretas, mas: as infrações penais devem ser identificadas como tais, as suas precondições devem ser determinadas pelos Ministérios Públicos e punidas pelos tribunais. Devido ao grande número de infrações já mencionadas e à resultante sobrecarga maciça imposta à polícia e ao judiciário, o verdadeiro problema não está no nível da aplicação legal, mas sim no nível da imposição da lei, que não é abrangida e moldada pelo mero endurecimento dos regulamentos de direito penal.

a) Isso foi reconhecido pelo legislador. A sua *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*5 [Lei de Aplicação na Rede], popularmente chamada de Lei Facebook, destina-se a ajudar aqui e a regular as plataformas como tal. É uma lei nacional que também responde à crescente propagação de crimes de ódio e outros conteúdos puníveis, especialmente em redes sociais como Facebook, YouTube e Twitter. Em seu âmbito de aplicação, os fornecedores de redes sociais serão responsabilizados: a lei pretende facilitar e acelerar a aplicação dos direitos de personalidade contra plataformas on-line e eliminar informações falsas.

1) Um resumo sucinto:

- A lei se aplica aos operadores de redes sociais que têm mais de dois milhões de usuários registrados na Alemanha (§ 1 para. 1 e para. 2 NetzDG). O conteúdo ilegal relevante listado na lei (§ 1 para. 3 NetzDG) inclui: pôr em risco o Estado constitucional democrático, incitamento do povo, infrações contra a ordem pública, tais como a formação de organizações criminosas, insultos às comunidades religiosas, difamações, calúnias, ameaças e falsificação de dados relevantes para a prova (por exemplo, certificados de vacinação por negadores do coronavírus).

- Os fornecedores de redes sociais que recebem mais de 100 queixas sobre conteúdos ilegais dos seus utilizadores durante um ano são obrigados a preparar um relatório de responsabilidade em língua alemã sobre o processamento dessas queixas nas suas plataformas e a publicá-lo no Diário Oficial e na sua própria homepage (§ 2, para. 1, NetzDG).

- Os operadores de redes sociais devem eliminar ou bloquear “conteúdo obviamente ilegal dentro do prazo de 24 horas” após o recebimento de uma queixa (§ 3 para. 2, nº. 2 NetzDG). Em casos mais complexos, aplica-se um período de sete dias, a fim de decidir sobre eliminação ou bloqueio (§ 3 para. 2 nº. 3 NetzDG). Esse período de uma semana pode ser estendido se forem levados em conta possíveis fundamentos de justificação e se for necessário incluir o contexto de uma declaração. Se a avaliação depender do contexto, também deve ser dada ao usuário a oportunidade de se explicar.

- Em casos individuais, a operadora da rede social pode fornecer informações sobre os dados que detém, na medida em que tal seja necessário para fazer valer ações civis por violação de direitos protegidos devido a um conteúdo ilegal. A prestação de informações requer uma ordem judicial prévia, que a parte infringida deve requerer no tribunal regional competente.

- As empresas devem (§ 5 NetzDG) designar uma pessoa autorizada a receber o serviço na Alemanha; isso é determinado diante do pano de fundo de que a maioria das grandes empresas de redes sociais têm a sua sede no exterior. A Administração de Justiça Federal controla o cumprimento dos novos requisitos e instaura processos de multa contra a empresa em questão em caso de violação.

- Desde fevereiro de 2022, a lei (artigo 3a NetzDG, emendada pela Lei [suplementar] de Combate ao Extremismo de Direita e ao Crime de Ódio, de 30 de março de 2021) obriga as operadoras de redes sociais adicionalmente a denunciar determinados conteúdos ao Departamento Federal da Polícia Criminal, com o objetivo de permitir a acusação de delitos penais se houver indícios concretos de risco ao Estado de direito democrático ou de violações à ordem pública (artigo 3a (2) NetzDG). Para implementar o novo regulamento, foi criado o Gabinete Central de Denúncias de Conteúdo Punível na Internet no Departamento da Polícia Criminal Federal, com cerca de 200 funcionários, que verifica a relevância criminal das denúncias, bem como as potenciais ameaças, identifica o autor e, se necessário, transmite o caso às autoridades locais competentes para acusação posterior.

2) Desde o início, houve uma forte resistência a esses novos regulamentos legais por parte das operadoras de rede:

- Em primeiro lugar, isso diz respeito aos custos de mão de obra que as exigências causam: Facebook (agora Meta) tem agora mais de 1000 moderadores de conteúdo só na Alemanha, que monitorizam e, se necessário, apagam postagens que violam a Lei de Aplicação da Rede.

- As operadoras de rede desenvolveram quase que imediatamente um comportamento evasivo. Sequer reagem aos relatórios dos usuários. Além disso, existem estudos que polarizam ou dividem o conteúdo que, através de algoritmos, é mais divulgado do que o conteúdo de reportagens equilibradas (como acontece, por exemplo, no caso do Facebook). Isso ocorre porque levam os usuários a interagir numa determinada medida, os utilizadores permanecem mais tempo na plataforma, e os seus dados podem ser utilizados de forma lucrativa para publicidade. Facebook (Meta) também “esconde” o canal de denúncia por violações, enquanto o Twitter complica desnecessariamente os formulários de denúncia.

a) Contudo, a Lei de Aplicação da Rede foi e é também discutida por terceiros de forma controversa. O foco está nas preocupações constitucionais:

- Vê-se o perigo de que a lei venha a restringir indevidamente a liberdade de expressão. Os períodos curtos e rígidos de eliminação fazem com que as redes prefiram retirar contribuições em caso de dúvida, mesmo que a liberdade de opinião garantida pelos direitos fundamentais tivesse exigido uma consideração relacionada ao contexto. Muita informação só pode ser compreendida a partir do contexto, que as plataformas não podem avaliar por conta própria. As operadoras seriam praticamente forçadas a eliminar até conteúdos potencialmente lícitos sem que os tribunais estatais se tivessem pronunciado sobre eles. A solução de “bloqueio em caso de dúvida” e, portanto, o risco de “bloqueio excessivo” já resulta da racionalidade econômica. Em suma, às operadoras de rede seriam confiadas tarefas que pertencem ao Estado. O Estado não deve subcontratar procedimentos de verificação a entidades privadas e obrigá-las a verificar o conteúdo de terceiros e bloqueá-lo em conformidade. A prevenção e o combate ao discurso do ódio e às fake news é uma tarefa pública que o Estado não podia evitar.

Google (Irlanda), em nome da sua filial YouTube, recorreu à aplicação do novo regulamento perante um tribunal administrativo alemão. A divulgação de dados privados sem uma suspeita inicial estabelecida com segurança seria inadmissível. A ação penal deve continuar a ser um assunto do Estado. Mais tarde, Facebook (Meta), TikTok e Twitter também entraram com ações judiciais. Com decisões datadas de 1º de março de 2022, o tribunal administrativo competente de Colônia acatou os pedidos urgentes de Google e Meta, por razões que se encontram no direito da União. A Lei de Aplicação da Rede, com o seu § 3º, viola o princípio do país de origem<sup>6</sup> da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico e, por conseguinte, não é aplicável.

5. Entrementes, está surgindo uma solução supranacional no âmbito da União Europeia, baseada, sobretudo, na constatação de que um único país não pode se opor de modo eficaz aos desenvolvimentos negativos na Internet a um nível puramente nacional. Nessa primavera, as instituições europeias acordaram um pacote regulamentar abrangente para plataformas on-line.

Sobretudo o Digital Service Act<sup>7</sup> constitui a base para a regulamentação do espaço digital, que se destina a respeitar e fazer respeitar os valores europeus. A Lei dos Serviços Digitais irá complementar a Diretiva sobre o Comércio Eletrônico, agora com 20 anos, e atualizar partes dela. Isso inclui tornar uniformes em toda a Europa os procedimentos de denúncia e remoção imediata de conteúdos ilegais. Além disso, haverá obrigações de devida diligência para as grandes plataformas on-line. Para assegurar uma implementação eficaz e uniforme, o Conselho Europeu e o Parlamento Europeu decidiram atribuir à Comissão Europeia o poder de controle exclusivo sobre as principais plataformas e máquinas de busca, em cada caso, em cooperação com os Estados-Membros.

Ao mesmo tempo, é introduzida a obrigação de as grandes plataformas e serviços analisarem anualmente os riscos sistêmicos que representam no que diz respeito à disseminação de conteúdos ilegais, efeitos adversos aos direitos fundamentais, manipulação de serviços com impacto sobre os processos democráticos e a segurança pública.

Diante do pano de fundo da agressão russa na Ucrânia e da possível manipulação de informação on-line sobre ela, recentemente, incluiu-se um novo regulamento, que introduz um mecanismo de reação rápida, que pode ser ativado pela Comissão, se necessário. Destina-se a permitir a análise das atividades das principais plataformas e motores de busca e o seu impacto sobre a crise da Ucrânia e, se necessário, a tomar medidas para salvaguardar os direitos fundamentais.

4. O acordo em nível europeu é recebido predominantemente de forma positiva. Fala-se até de um “ponto de virada na história da regulamentação da Internet”. A Lei de Aplicação da Rede será amplamente ultrapassada pela Lei do Serviço Digital (sob a forma de um regulamento europeu). As questões e discussões constitucionais continuarão, contudo, a acompanhar-nos, agora em nível do direito supranacional e tendo como pano de fundo nada menos do que três catálogos diferentes de direitos fundamentais (Carta dos Direitos Fundamentais da UE, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lei Fundamental nacional).

## IV.

Senhoras e senhores, cheguemos a uma conclusão.

A democracia precisa de liberdade de opinião e diversidade de opiniões para se desenvolver e evoluir. A democracia deve, portanto, não só tolerar a opinião divergente, mas também a opinião incômoda e até mesmo a opinião equivocada e aberrante. É precisamente aqui que a força democrática é demonstrada.

Mas, acima de tudo, a democracia precisa de uma coisa: de democratas que lhe dão vida. A democracia só pode ser protegida e preservada se os cidadãos se identificarem com ela e participarem no debate intelectual e político. Se isso faltar porque, diante de fake news, shitstorms e discursos de ódio, ninguém deseja se envolver, concorrer a um cargo público ou representar o Estado neste gabinete, então estamos realmente ameaçados por um “slippery slope” e, como resultado, por uma “década sem limites”.

Para impedir isso, a liberdade de expressão pode e deve ter limites. A nossa Lei Fundamental alemã optou explicitamente pela wehrhafte Demokratie (democracia de defesa), para que os inimigos da Constituição não possam, invocando as liberdades concedidas pela Lei Fundamental e sob a proteção dessas liberdades, pôr em risco, prejudicar ou destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado.

Porque não é só a democracia que precisa de nós. Todos nós precisamos da democracia.

## NOTAS

- 1 Palestra realizada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro na data de 12 de agosto de 2022, proferida pela Juíza Sibylle Kessal-Wulf.
- 2 De acordo com o artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assinado por 173 estados, a propaganda de guerra e ódio é proibida desde 1976.
- 3 O Comissário Federal de Eleições organiza e supervisiona as eleições políticas e os preparativos eleitorais na Alemanha em nível federal. Ele e o seu adjunto são nomeados pelo Ministro Federal do Interior por um período indeterminado. Tradicionalmente, o Presidente do Instituto Federal de Estatística (autoridade federal) assume o cargo de Comissário Federal de Eleições.
- 5 A lei entrou em vigor em 1º de outubro de 2017. Em 1º de janeiro de 2018, terminou o prazo de transição, dentro do qual as empresas tiveram que satisfazer as exigências do NetzDG.
- 6 O princípio do país de origem se refere a vários princípios que regulam a posição jurídica dos fornecedores de bens e serviços num mercado comum, como a União Europeia, no comércio transfronteiriço. Aplicam-se as regras do país de origem.
- 7 Segundo pilar: A Lei dos Mercados Digitais complementa a lei da concorrência e visa a limitar o poder das empresas digitais dominantes. Nele, a Comissão da UE estabelece um código de conduta para as grandes empresas digitais. Regras mais estritas serão aplicadas então a plataformas centrais on-line, tais como máquinas de busca, redes sociais ou serviços de corretagem on-line: Por exemplo, já não lhes será permitido favorecer as suas próprias ofertas no ranking. Anteriormente, só existiam regulamentos comparáveis na Alemanha com a Lei da Digitalização da GWB, que entrou em vigor em 2021.