

Fabrício Polido: Regulação da internet e riscos às liberdades digitais

O ano de 2020 já deixa suas marcas pelos tristes rumos que a pandemia da Covid-19 deu ao mundo e especialmente ao Brasil. Mortes foram exponenciadas, muitas vidas foram perdidas e sofremos as privações do isolamento e da falta de sociabilidade sem precedentes. 2020 reforçou, igualmente, a exposição cruel das chagas de uma persistente ausência de proteção social em um dos países mais desiguais do globo. *Lives*, *webinars* e sessões de ensino remoto online intermináveis durante o período de distanciamento social também demonstraram que a divisão sexual do trabalho, as exclusões raciais e de minorias, por exemplo, constituíram a melhor forma do epíteto de que o coronavírus — para emprestar a precisa provocação de Mia Couto —, não é o grande vilão da história. Certos nichos do campo profissional do Direito no Brasil, por sua vez, repercutiram com toda potência uma visão de mundo, inclusive daqueles que se dirigiram ao público especializado e leigo, desde seus lares confortáveis no país e no exterior, entre ternos e togas, com mística de catequização e oportunismo para pregar "modernização das leis e instituições". Como eu anteciparia aos meus leitores mais atentos: o que vocês procuram por aí.



Não sem surpresa, os direitos fundamentais online, liberdades

comunicativas e informativas, como protegidas e positivadas pela Constituição da República e pelo Marco Civil da Internet, não passaram ilesos das formas sutis de promoção de revisionismo às avessas ao longo de um 2020 bastante conturbado. Em doses também alarmistas, da urgência diante da escalada de desinformação online em meio à pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional encampou maciçamente os debates legislativos em torno do Projeto de Lei no 2.630/2020 (Lei de Liberdade, Responsabilidade e Transparência da Internet) [\[1\]](#). A partir de um percurso absolutamente tortuoso, como já tive a oportunidade de destacar há alguns meses, a iniciativa legislativa, apesar dos avanços relacionados à transparência em tema de moderação de conteúdo online, traz uma série de inconsistências e ilegalidades antecipadas e que implicam preocupações e riscos aos direitos fundamentais online [\[2\]](#).

Uma delas tem sido expressamente manifestada pela tentativa de transplante de modelos legislativos estrangeiros para nossa realidade e comunidade digitais, quando o próprio globo assiste, anestesiado e em catarse, ao caminho de recrudescimento e encilhamento das liberdades digitais, do aumento da intolerância e das perseguições a opositores políticos, além de indiferença e desrespeito à vigência dos instrumentos internacionais de direitos humanos. A conclamação feita por alguns colegas de que novo modelo de regulação da internet e das "mídias" é necessário no Brasil — para imitar "melhores práticas" de países europeus, como o caso da Alemanha com sua NetzDG — a Lei de Aperfeiçoamento da Aplicação das Leis nas Redes Sociais —, revela a perda de capacidade de compreensão sobre o que é o Brasil e o que nosso país construiu no campo da internet. É também desconhecer o âmbito de aplicação de normas destinadas à proteção das liberdades fundamentais online, os potenciais de redução das exclusões digitais, da melhoria dos índices de letramento digital e de desenvolvimento da indústria criativa e expressões culturais.

Dito de modo mais assertivo: O Brasil não é Europa, o Brasil não chegará a ser a Alemanha, ainda que tenhamos total afeição pela Alemanha como um dos melhores celeiros culturais, educacionais, tecnológicos e de inovação na Europa, e um respeito incondicional pelo país que conta hoje com uma das maiores líderes políticas do século XXI, a presidenta Angela Merkel.

Para que 2020 não se torne pouco referente em temas de regulação da internet e da necessária revisão e acompanhamento de aplicação de leis especiais, como o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), alguns desafios seriam preliminarmente estabelecidos. Nossos parlamentares e o público em geral precisam entender e avaliar os riscos trazidos pela importação de modelos legislativos e decisões judiciais de outros Estados, por mais sofisticadas que elas pareçam ser. Ficaríamos aqui com a eterna mágoa da subalternidade. Representantes do movimento crítico do direito, do direito internacional do desenvolvimento e especialistas do direito comparado chamariam esse fenômeno irrefreado, desde os primórdios da colonização das Américas, África e Ásia, de "inadequação de transplantes legais" ou efeitos distorcidos da "difusão do direito" ao redor do globo. Importar a lei alemã para o Brasil, nesse momento, é justamente retornar a essa postulação teórica e adaptada ao Direito, contexto e realidade. A desconfiança não se dá pelo fato de Alemanha servir ou não de espelho. Ao contrário, trata-se da cautela oportuna, que deve partir das instituições brasileiras, contra o uso das narrativas de "vanguarda" e de mecanismos coercitivos da lei estrangeira para deliberadamente distorcer as fundações do Estado Democrático de Direito presentes na Constituição e compromissos que nosso país assumiu no plano internacional.

A NetzDG alemã é uma lei ainda recente. Ela não passou por longo processo legislativo, tendo resultado de reação política de centro-direita à repercussão do chamado discurso de ódio (e não relativamente à desinformação online ou *fake news*) e foi aprovada pelo Parlamento mediante controvérsias. Do ponto de vista normativo, a lei teve como alvo estabelecer seletivamente obrigações legais para "operadores de serviços de redes sociais", como as grandes plataformas, relativamente à remoção de conteúdo tido como infrativo e associado a normas do Código Penal alemão, quanto aos crimes de difamação, incitação ao ódio e terrorismo. As plataformas, nos exíguos prazos estabelecidos pela lei, devem atuar compulsoriamente como moderadores de conteúdo, estabelecer mecanismos de notificação para os usuários e publicar os relatórios de transparência contendo critérios explicitados para a tomada de decisão de remoção. Não há, contudo, opinião pacífica sobre a NetzDG, ao contrário do que se propôs ao Congresso Nacional brasileiro e do que foi introjetado na narrativa dos parlamentares, incluindo a referência de fundo feita por meu colega docente licenciado da faculdade de Direito da UFMG senador Antonio Anastasia (PSD), em seu relatório ao texto substitutivo oferecido ao Projeto de Lei 1.429/2020, aprovado no Senado. A NetzDG permanece duramente criticada por respeitados acadêmicos alemães e estrangeiros [3], pelas relatorias internacionais das Nações Unidas [4], por documentos de organizações da sociedade civil em direitos humanos (por exemplo, *Human Rights Watch, article 19*) [5] e, passa igualmente, pelas lentes do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia durante o atual estágio de preparação do aguardado pacote do *Digital Services Act* [6].

A propósito, com relação ao último, especificamente, a União Europeia discute introduzir novo instrumento normativo atualizando, dentre outras, a Diretiva sobre Comércio Eletrônico de 2000 e proporá modelos alternativos de responsabilidade de provedores de serviços de internet e que não se reduzem ao que tem sido dito ao longo dos trabalhos PL 2.630 e clamores por uma eventual reforma do Marco Civil da Internet. Membros da EU, por exemplo, não apresentam leis nacionais de internet uniformes a endossar, na totalidade, o modelo ultrapassado de notificação extrajudicial e remoção — *notice and takedown*.

Esse modelo que existiu transitoriamente no Brasil, ainda antes da entrada em vigor do Marco Civil em abril de 2015, já havia sido repellido pela jurisprudência de nossos tribunais, em especial segundo a relevantíssima contribuição dada pelo conjunto de precedentes do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (casos Xuxa/Google; ISDB/Orkut e Botelho Comunicações/Google) e constitui parte das situações e suporte fático (e não todos!) do artigo 19 do Marco Civil da Internet. A notificação extrajudicial como base pura para remoção de conteúdo é considerada inadequada e repreensível justamente por não manter as salvaguardas de usuários e empresas da internet diante de controvérsias, disputas que repercutem sobre esfera de direitos e garantias individuais online.

Juízos unilaterais de uma parte que sente "ofendida" nas redes sociais, por exemplo, pretendendo a automática remoção de conteúdo por discordar de opiniões e críticas, sem contraditório e ampla defesa à outra parte, não poderiam ser tratados sob anteparo das pretensões fundadas em direitos da personalidade (direitos à honra, imagem, intimidade), sem qualquer espaço para controle judicial. São juízos nada isentos de conflitos de interesses, de direitos e de narrativas, a exemplo do que explorou o belíssimo acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 (caso biografias não autorizadas, de relatoria da ministra Cármen Lucia). Do ponto de vista material, o mecanismo *notice e takedown* entechoca-se com liberdade de expressão, direito à informação e direito de comunicação; do ponto de vista processual, desestabiliza o exercício de certas garantias, como direito de ação e devido processo legal por parte de usuários alegadamente "infratores" ou "criminosos". Os artigos 19 e 22 do Marco Civil da Internet, ao estabelecerem pressupostos para exercício de pretensões que exigem a ponderação de interesses, observância da proteção da liberdade de expressão e vedação da censura, correspondem a expectativas de um jogo transparente e democrático para as regras e instituições da internet. Por que há vozes agora se insurgindo contra as bases materiais e processuais do Marco Civil?

Do outro lado do Atlântico, a polêmica quanto ao alcance das obrigações de remoção de "conteúdo infrativo" por plataformas impostas pela NetzDG alemã permanece viva e demonstra como não pode ser modelo a inspirar o direito brasileiro ou qualquer dos arremates de fundo e procedimentos no PL 2.630. Em sua última reforma, no final de agosto deste ano, a NetzDG estabeleceu a obrigação das plataformas de notificar as autoridades criminais locais — em especial, o Departamento Federal de Polícia Criminal alemã — sobre a atuação de usuários e conteúdo de discursos e postagens que sejam considerados em desconformidade com categorias de crimes e contravenções do Código Penal alemão. Que tipo de "aperfeiçoamento da aplicação da lei" seria essa, em que o Estado sai de cena e coloca os agentes privados na linha de frente da investigação e persecução criminal? Qual a medida de proporcionalidade na intervenção legislativa a restringir direitos fundamentais e compelir entes privados a monitorar e criar material incriminando usuários de internet? Não à toa, os rumos do PL 2.630 foram bater às portas, dentre outras, da total ilegalidade de proposta de rastreamento de usuários, de perfis em redes sociais, além da visão deturpada de tecnologias de criptografia em mensagens e comunicações, para justificar o desiderato de identificação das fontes de disparo em massa de informações falsas e daqueles que presumidamente financiam a indústria da desinformação online.

A expansão transnacional da NetzDG alemã, em derivações mais distorcidas, tem sua fórmula utilizada por governos autoritários e sistemas antidemocráticos para legitimar escolhas de política normativa [7]. Em grupo de países de regimes reconhecidamente autoritários e antidemocráticos, a NetzDG serviu de base para legitimar exposição de motivos e moldar regras das leis aprovadas para controle da internet e do comportamento dos usuários, bem como monitorar e perseguir cidadãos e opositores políticos no que se refere à liberdade na internet [8]. Há países que adotaram a lei alemã como fonte direta de inspiração, como Filipinas, Quênia, Malásia, Rússia, Ucrânia, Turquia, Venezuela, Vietnam, todos esses exemplos situados pela organização internacional Freedom House como não livres ou apenas parcialmente livres. Mesmo na Europa, a imitação do modelo alemão pela vizinha França passou por controle pelo Conseil Constitucional. A Lei contra o Discurso de Ódio na Internet, de maio de 2020, também conhecida como Avia, foi praticamente toda declarada inconstitucional, o que também demonstra que a NetzDG está a ser escrutinada indiretamente a partir do exercício do controle judicial, em suas repercussões constitucionais.

Sobre o cenário de rebaixamento civil das liberdades digitais no globo pouco tem sido falado no Brasil e compartilhado com os interlocutores-chave no Executivo, Legislativo e Judiciário. Tenho muito receio de que o Brasil deixe de fazer o balanço adequado de aplicação e monitoramento de suas leis e regulamentos da internet, como seria em relação ao Marco Civil em seus cinco anos de existência. A simples transposição de modelos legislativos ou decisórios estrangeiros demonstra o quanto somos reféns de um colonialismo às avessas, sem criatividade, inclusive quanto à tradição jurídica — para lembrar a eurocêntrica provocação de René David em sua não menos magistral obra de Direito Comparado, que tem minha admiração. Restaria entre nós, pobres autóctones, a percepção de que parecemos falhar, hesitar em fazer valer as leis vigentes; aos legisladores e tribunais restaria a aceitação da falácia de que a comparação plana com lei e decisões judiciais estrangeiras nos oferece soluções "modernizantes", nos coloca na "vanguarda", permite conferir segurança jurídica e de sermos vistos com bons olhos internacionalmente.

Voltando ao exemplo da NetzDG alemã, a proposta nunca foi o de encampar escopo de política normativa para democratizar a internet ou de trazer regulação socialmente desejável para que empresas explicitassem seus critérios de moderação de conteúdo considerado "infrativo" nas redes sociais. A lei é placebo que não neutralizará conflitos sociais e políticos emergentes na decadência democrática europeia. Ela seria perfeitamente deturpada em eventual aculturação brasileira, particularmente nesse momento político, resguardadas algumas das fórmulas adaptadas à iniciativa do PL 2630/2020, como a explicitação de critérios de remoção de conteúdo em relatórios de transparência publicados periodicamente. Ainda assim, mesmo no caso alemão, as empresas passaram a ser obrigadas a adotar medidas proativas e coercivas em relação a usuários e conteúdo online para tecnicamente combater discurso de ódio com base na aplicação de regras vagas que as remetem a espécies de crimes previstos no Código Penal alemão. Não deveriam ser essas categorias, pela boa dogmática e garantias processuais, contudo, alvo de um escrutínio pelas autoridades estatais de aplicação da lei? Particularmente em um Estado democrático de direito que escolhe intervir na área penal para tutela de dado bem jurídico relevante? Obrigações de remoção de conteúdo online pelas empresas a partir de categorias penais subjetivas e sujeição a multas vultosas não estimulariam o ciclo duplo de monitoramento e vigilância forçada de conteúdos discursivos baseados na manifestação livre de pensamento e de comportamentos políticos de usuários?

Formas sutis do que tenho considerado como perseguição digital comportamental sobre o discurso online, retroalimentada por algoritmos, evidentemente resultarão em margens de erros previsíveis a serem retificadas pelas próprias plataformas e observadas pelos órgãos de aplicação da lei e pela sociedade civil. Trata-se de uma espécie de autotutela corretiva em seus sistemas de moderação de conteúdo, com a aplicação de regras de comunidade, termos de uso, e com a incidência da lei. Contudo e inevitavelmente, conflitos dali emergentes não deixarão de ser enfrentados pelos tribunais estatais, sobretudo pelas discussões quanto aos direitos concreta ou potencialmente violados de usuários, cidadãos e partes processualmente relevantes em litígios. Seria uma proposta necessária, para que a/os juristas constitucionalistas e penalistas no Brasil também possam discutir essas questões, mirando o referencial inadequado da lei alemã, os transplantes autoritários feitos por regimes antidemocráticos, a contrarresposta francesa e as projetem para o espaço Jurisdicional brasileiro. Neste imperam uma Constituição, uma lei especial democraticamente adotada (o Marco Civil da Internet), e relevantes tratados e convenções processuais e em Direitos Humanos. Somos maduros e independentes para elaborar e decidir por nossas próprias fórmulas Legislativas e Judiciais.

Por que, então, como já se questionaram os especialistas alemães e autoridades acadêmicas respeitadas, a NetzDG não aperfeiçoa os próprios mecanismos de aplicação da lei pelas autoridades de aplicação da lei? Por que a lei não se preocupou com a capacitação de oficiais, policiais e promotores para lidar com aspectos da investigação e persecução criminais nos ambientes digitais ou medidas preventivas para tratar dos crimes de ódio, apologia ao nazismo e terrorismo? A título exemplificativo, parte da explicável desconfiança sobre os rumos dados ao "PL das Fake News" no Congresso Nacional brasileiro assemelha-se ao que passou inicialmente durante a encomenda do projeto do Ministério da Justiça alemão para o texto final da NetzDG. Os partidos do centro-direita CDU-CSU, já correndo contra o tempo do esvaziamento sucessório político do governo da chanceler Angela Merkel, lograram êxito de fazer como que esquerda e direita estivessem unidas para denunciar as falhas e potenciais inconstitucionalidades da lei. A própria divisão entre especialistas e parlamentares brasileiros no caso do PL 2.630 decorre justamente das incertezas sobre o cenário aplicativo de uma lei que teria repercussões evidentes no cenário eleitoral e político no país, bem como para o exercício de direitos fundamentais de usuários de internet protegidos pela Constituição e tratados e convenções de que o Brasil é parte.

A escolha democrática alemã, como francesa e austríaca (e mesmo a brasileira!) de criminalizar a apologia ao nazismo, por exemplo, individualmente considerada não justificaria direcionar políticas de controle do discurso, da circulação da informação e acesso ao conhecimento, ou mesmo para constranger o exercício do direito à privacidade nas relações privadas de internet, quando as leis especiais cumpririam esse papel de guarda e proteção. Por outro lado, o teto de vidro oferecido pela NetzDG permitiria questionar se as autoridades de aplicação da lei deixaram de estar efetivamente empenhadas, por exemplo, em prevenir e educar a população contra a prática de crimes em ambientes digitais.

Também não se trata de relativizar o debate legislativo e/ou de vigência das leis de internet com o batido chavão da "polarização política", mas antes de compreender a racionalidade que tem forçado redes sociais a operarem a favor das dinâmicas políticas e eleitorais, além da preocupação absolutamente legítima e contundente, na Alemanha, contra a escalada dos discursos extremistas e neonazistas. No Brasil, o pano de fundo sobre o PL 2.630/2020, contudo, não deixou de ser uma disputa de narrativas que enfraquecem o dissenso político, a capacidade de resposta democrática por contranarrativas, como no tocante à livre manifestação da opinião política, científica, artística e literária, além dos esforços incomensuráveis da mídia tradicional em reduzir toda e qualquer atividades lícitas de usuários e empresas de internet e a própria natureza da rede (sujeitos e processos centrais no Marco Civil) à mais completa ilegalidade, clandestinidade e origem do mal.

[1] Documentos e tramitação disponíveis em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>

[2] POLIDO, Fabricio B.P. Entre a censura online e os desafios globais da desinformação Análise do Projeto de Lei de 'Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet'. JOTA, 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/entre-a-censura-online-e-os-desafios-globais-da-desinformacao-22052020>>

[3] Cf., por exemplo, PEUKERT, Alexander. Put it back: Ein Vorschlag für ein NetzDG. *Verfassungsblog*. 14 Jun 2018. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/put-it-back-ein-vorschlag-fuer-ein-netzdg-das-die-meinungsfreiheit-wahrt/>; NEUDERT, Lisa-Maria. "Germany: A Cautionary Tale". *Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media*. Oxford University Press. 2018, p. 153 e ss.

[4] Cf., a respeito, KAYE, David. *Speech police: The global struggle to govern The Internet*. Columbia Global Reports, 2019.

[5] ARTICLE 19. *Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks*. August 2017. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/12/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf>; Gemanty <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/germany>

[6] Cf., UE, *Digital services act: European added value assessment*. Brussels: European Parliament. Outubro de 2020., especialmente p.364 (sobre as preocupações das ações de coordenação intracomunitária relativamente à NetzDG alemã e AVIA francesa de 2020). Disponível em: <
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU\(2020\)654180_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654180/EPRS_STU(2020)654180_EN.pdf)
>

[7] Sobre isso, cf. POLIDO, Fabrício B. Marco Civil da Internet e o encilhamento das liberdades online Análise da governança global de conteúdo. 07 de julho de 2020. Disponível em: <
<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/marco-civil-da-internet-e-o-encilhamento-das-liberdades-online-07072020>>

[8] <https://foreignpolicy.com/2019/11/06/germany-online-crackdowns-inspired-the-worlds-dictators-russia-venezuela-india/>

Date Created

28/12/2020