



# Entrevista

**COM FERNANDO HENRIQUE  
DE OLIVEIRA BIOLCATI**



## Fundação Podemos: Em sua tese de doutoramento, o senhor abordou o tema “internet, fake news e responsabilidade civil das redes sociais”. Poderia nos contar um pouco sobre como foi o desenvolvimento dessa pesquisa?

Eu iniciei o meu doutorado em 2018. Tínhamos acabado de passar pela eleição presidencial dos Estados Unidos que elegeu Donald Trump, e pelo processo do “Brexit”; no Brasil, estávamos no início do processo eleitoral de 2018, em que houve a eleição do ex-presidente Jair Bolsonaro. Naquele momento, o tema das fake news, ainda que experimentando os seus primeiros desdobramentos, já se demonstrava bastante palpitante. Partindo da premissa de que o debate social estava se deslocando para a internet, especificamente para as redes sociais, procurei entender como se deu o desenvolvimento da internet, que culminou no atual estado de coisas. Digno de nota que a internet se desenvolveu a partir de um projeto militar dos Estados Unidos no contexto da guerra fria, mas também envolvendo a academia para o seu desenvolvimento técnico. Então, desde o início havia uma oposição entre o controle da atividade e a liberdade no seu uso, sem amarras regulatórias. A partir do momento que a Internet começa a ser utilizada fora dos círculos militares e acadêmicos, ela desperta o interesse econômico e começam a surgir pequenas iniciativas para o desenvolvimento de ferramentas ao seu uso. Faz sentido, nesse contexto, uma maior liberdade de atuação, pelo pequeno alcance da Internet e pela necessidade de incentivar o seu desenvolvimento e aprimoramento. Entretanto, essas pequenas empresas se tornaram gigantes, estabelecendo verdadeiro oligopólio, em um ecossistema não mais rudimentar, mas sofisticado e de amplo alcance. Mesmo com essa mudança de paradigma, esses grandes atores da Internet, em geral, defendem a mínima regulação possível, porque isso é mais vantajoso, do ponto de vista econômico, às suas atividades. No caso das redes sociais, o argumento retórico é o da necessidade de proteção da liberdade de expressão. Entretanto, não é pertinente, pois a livre circulação de conteúdos ilícitos enfraquece a própria liberdade de expressão. Chama a atenção, nesse processo, que os provedores se apropriam de um

importantíssimo ativo das pessoas de forma absolutamente gratuita, os dados pessoais e de utilização, que acabam indicando os comportamentos e preferências dos usuários. Esses dados possuem um valor gigantesco, do ponto de vista econômico e político, ao permitirem às plataformas personalizarem as suas atividades de modo específico a cada um, gerando mais engajamento e mais dados. Além disso, confere a elas conhecimento sobre vários aspectos das vidas das pessoas, o que, extrapolado ao nível coletivo, concede-lhes um imenso poder de moldar as interações sociais. Então, já começamos a ter pistas sobre a necessidade de regulação dessas atividades. Nos Estados Unidos, centro inicial de desenvolvimento da Internet, e onde liberdade de expressão tem uma dimensão diferente daquela verificada no Brasil (em nosso país, a concepção é mais próxima da tradição europeia), no longínquo ano de 1996 e quando se justificava liberdade para a ampliação e aperfeiçoamento da Internet, que dava os seus primeiros passos, o artigo 230, do “Communications Act of 1934. ‘Communications Decency Act’, estabeleceu uma isenção aos provedores de aplicações no sentido de que não seriam responsabilizados por eventual controle de conteúdo realizados em boa-fé. A jurisprudência ampliou esse entendimento para os isentar de maneira ampla, por qualquer conteúdo produzido por terceiros, que não fossem de sua autoria e não estivessem diretamente sobre seu controle. O Brasil adotou regra de responsabilidade parecida no artigo 19 do Marco Civil da Internet. Mas, essa opção do Brasil mostrou-se inexplicável. A lei entrou em vigor em 2014, quando a internet já era controlada por pequenos grupos empresariais, ou seja, sem nenhuma necessidade de proteção da inovação tal como nos primórdios, e que já se aperfeiçoavam no processo de personalização de suas atividades, de acordo com os dados gerados por seus usuários, assumindo naquela época protagonismo econômico e social. Além disso, criou-se uma figura totalmente esquisita no contexto do direito brasileiro, uma responsabilidade por descumprimento de ordem judicial, o que, aliás é uma redundância dentro de um estado que seja democrático e que preza pelo respeito aos poderes constituídos. Ainda, distanciou-se dos contornos gerais que a liberdade de expressão possui no país, de que se admite a sua restrição de forma menos

traumática quando outros direitos, de igual estatura, possam ser lesados, por meio de medidas proporcionais e razoáveis. Em outro flanco, em relação ao fenômeno das “fake news” ou do processo de desinformação como um todo, foi possível constatar que os mecanismos de personalização – perfilamento no PL em discussão no Congresso – acabam por favorecer a sua circulação, ao expor os usuários mais frequentemente a conteúdos que sejam reputados como de seu interesse, com base nos dados colhidos pelo uso anterior das aplicações na Internet, privilegiando materiais que circulem de maneira mais ampla. Ora, quanto maior o engajamento, mais dados, e mais dinheiro, mais disseminação dos respectivos conteúdos, formando-se um círculo, vicioso ou virtuoso, dependendo do ângulo que se analise o fenômeno. Criam-se bolhas, em que visões de mundo antagônicas são totalmente rejeitadas. Além disso, no caso de pessoas que estão fora dessas bolhas, possui relevância a disseminação maciça, proveniente de várias fontes para que essas pessoas reputeem como confiáveis e creiam nos conteúdos divulgados. Percebendo a potência dessas ferramentas, certos grupos começaram a se valer das “fake news” com fins políticos, tudo com a contribuição, ainda que neutra do ponto de vista ideológico, dos provedores de redes sociais. Diante do cenário de personalização, é impossível sustentar que a atuação dos provedores seja meramente passiva. Portanto, o sistema brasileiro do Marco Civil da Internet, pela sua interpretação majoritária, nasceu descolado da realidade, tendo em vista que os provedores estão livres para agirem como quiserem na manipulação dos conteúdos disseminados em suas aplicações, podendo se omitir quanto ao controle de conteúdo ilícito ou de removerem materiais sem nenhum tipo de obrigação de transparência e sem qualquer responsabilização decorrente de sua atividade, ainda que abusiva. Nesse cenário, proponho uma leitura do artigo 19, que seja mais adequada constitucionalmente e civilmente de acordo com as regras do Código Civil, que não deixam de incidir. A minha tese é de que os provedores, diante desses mecanismos de personalização e de uma postura ativa frente ao que é compartilhado no âmbito das suas aplicações, devem responder pelo incremento do risco que essa personalização gera, de acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Ainda, quando tenham ciência da ilicitude de um

conteúdo e nada faça ou removam de forma indevida um conteúdo notoriamente lícito, possam ser responsabilizados pelo abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil. Achei importante desenvolver essa questão do abuso de direito também na análise da remoção dos conteúdos, porque esse é um argumento que é utilizado pelos provedores para tentar afastar qualquer regulação, ou seja, de que para se precaverem, vão remover conteúdos ilícitos. Ora, juridicamente, se assim agirem, podem estar desrespeitando os próprios termos de uso, contrato estabelecido com o usuário, ou atuando em abuso de direito, com possibilidade de sua responsabilização. Atualmente há várias ações judiciais nesse sentido contra os provedores que removem certas contas ou postagens sem nenhuma justificativa. Dois últimos esclarecimentos. Apesar de eu tratar especificamente das “fake news”, as conclusões podem ser extrapoladas para outros conteúdos ilícitos, como discurso de ódio ou pornografia infantil, por exemplo. Ainda, eu uso o termo “fake news” para melhor identificação por parte do público leitor, sem desconhecer que atualmente fala-se mais em desinformação como processo e sem uma carga ideológica tão forte como o termo “fake news” acabou assumindo.

**Fundação Podemos: As redes sociais e todo espaço virtual pertencem a alguma empresa. Nesse sentido, o senhor considera o espaço virtual um espaço público ou privado? O conteúdo que as pessoas manifestam nas redes sociais pertence a quem?**

O espaço virtual é privado, porém, pelo seu alcance e por ter se tornado uma arena grandiosa de interações sociais, também é de interesse público. Assim, natural e desejável que atraia a atenção dos poderes constituídos do Estado para sua regulação. Primariamente, os conteúdos pertencem aos seus autores, disseminadores e, de forma secundária, no sentido lógico, aos provedores de aplicações que possibilitam a veiculação desses conteúdos e auferem as benesses econômicas decorrentes da exploração de suas atividades. Não há novidade na regulação de serviços privados que sejam de interesse público. Há inúmeros exemplos.

**Fundação podemos: Estamos discutindo no Brasil a chamada PL das fake news. Há muita polêmica e discussão sobre o assunto. O senhor acha que a lei é necessária? A internet precisa mesmo ser regulada?**

Sim, sem sombra de dúvidas. Eu gostaria de fazer uma ressalva inicial. O termo PL da “fake news” é equivocado, porque ele abarca outros conteúdos ilícitos, como discurso de ódio, pedofilia. A sua utilização, aliás, dá abertura a mais polêmicas, diante da polarização ideológica que envolve a desinformação, que igualmente merece a devida resposta normativa, como vimos não somente no contexto político, mas no cenário social de forma geral; a pandemia nos revelou como a desinformação pode ser danosa coletivamente, de modo direto. Dito isso, ressalto que já existe regulação específica da internet, pelo Marco Civil e pela Lei Geral de Proteção de Dados, que apesar de não se limitar a aplicações na Internet, também as abarca. Porém, a regulação do Marco Civil é insuficiente. Ainda que possa ser feita uma leitura do artigo 19, por exemplo, de modo a compatibilizá-lo com a Constituição e com as outras normas de direito privado, há necessidade de que se estabeleçam regras mais claras e mais condizentes com o atual contexto da sociedade, no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de aplicações e mais especificamente das redes sociais, no sentido de conferir maior transparência às atividades de personalização, impulsionamento e moderação de conteúdo que são realizadas por esses agentes. A Europa acabou de estabelecer uma nova regulação, o “Digital Service Act”, na esteira de instrumentos normativos internos que já haviam sido elaboradas nos países membros, como na Alemanha, na França. Nos Estados Unidos, o atual presidente defende a regulação das redes, assim como o anterior, ainda que com visões bastante distintas entre si sobre o tema, e há duas ações na Suprema Corte questionando a isenção de responsabilidade dos provedores. Entre os estudiosos do tema, a maior parte entende necessária a regulação, sendo uma questão de “como” e “quando”, não mais de “se”.

**Fundação Podemos: Se necessita ser regulada, quais os principais problema ou controvérsias da proposta atual?**

Primeiro preciso dizer que a iniciativa de proposição de um projeto de lei visando a regular às aplicações de redes sociais, ferramentas de busca e mensagerias privadas, termo controverso, mas que está no projeto, é louvável e há um inegável esforço do atual relator na Câmara dos Deputados, o deputado Orlando Silva, em estabelecer de forma efetiva essa regulação, ainda que essa tarefa não seja fácil diante das inúmeras pressões que ele vem sofrendo por parte de vários setores da sociedade, a quem interessa, de uma outra forma, que conteúdos ilícitos variados, inclusive “fake news”, circulem livremente na Internet sem maiores consequências. Entre os pontos positivos do projeto de lei eu indicaria a sua aplicação limitada a serviços de busca, às redes sociais e aos serviços de mensageria privada como WhatsApp e Telegram, que tenham mais de 10.000.000 de usuários, ou seja, não visa a impedir a entrada de novos atores e a inovação, como costumam defender os contrários às regulações; a imposição de obrigações para a revisão periódica dos riscos sistêmicos que cada serviço pode representar para a sociedade, a necessidade de adoção de mecanismos proporcionais, razoáveis e eficazes para atenuação desses riscos sistêmicos, o estabelecimento de obrigações relacionadas a um dever de cuidado aos provedores dessas aplicações, para que tomem atitudes a fim de evitar a disseminação de conteúdos legais, que possam configurar crimes contra o estado democrático de direito, atos de terrorismo, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, automutilação, crimes contra crianças e adolescentes, crimes de racismo, violência contra a mulher, infração sanitária; a previsão de um protocolo de segurança especial quando os riscos sistêmicos anteriormente referidos estiverem na iminência de se concretizarem ou ainda quando se mostrar a negligência ou insuficiência da ação do provedor da aplicação, com medidas que devem ser tomadas pelos provedores e a obrigação de que apresentem relatório das medidas tomadas; a possibilidade de responsabilização dos provedores pelos conteúdos gerados por terceiros quando da instalação desse protocolo de segurança, além da sua responsabilidade civil por conteúdos gerados

por terceiros quando a sua disseminação tenha ocorrido por meio de publicidade na plataforma. A regulamentação é positiva, ainda que de forma lacunosa, do procedimento de moderação e da imposição de obrigações de fundamentação das decisões tomadas nesses procedimentos de moderação, além da determinação de deveres relativos à transparência das atividades desses provedores, com a necessidade de produção de relatórios periódicos e que sejam submetidos à auditoria externa. No que concerne aos aspectos negativos, o projeto de lei tem muitos termos abertos, é excessivamente vago e deixa uma margem grande à discricionariedade dos provedores acerca da identificação e opção pela remoção ou não de conteúdos ilícitos fora dos períodos em que seja instaurado protocolo de segurança e na manutenção da irresponsabilidade dos provedores afora os casos em que haja adoção do protocolo de segurança. O seja, nos períodos de normalidade, ainda que os provedores a partir dos mecanismos de personalização e impulsionamento contribuam ativamente para a disseminação de conteúdos ilícitos, mesmo que tenham ciência extrajudicial da ilicitude desses conteúdos e não ajam para a sua remoção, não responderão civilmente pelos danos causados. Apenas serão responsabilizados por descumprimentos sistemáticos, e em situações muito limitadas. Perde-se a chance de estabelecer ao menos um mecanismo de notificação, tratamento e retirada ou manutenção dos conteúdos de observância obrigatória, cujo descumprimento pelos provedores ocasionaria a sua responsabilidade civil em caso de danos, a exemplo do modelo europeu. E aqui friso novamente, a remoção indevida de conteúdos, sob o argumento da precaução, se visarem a conteúdos claramente legítimos, também deveria ser sancionada com a responsabilidade dos provedores. Mantém-se um grande nível de discricionariedade aos provedores e uma quase total irresponsabilidade pelos conteúdos gerados por terceiros, não resolvendo a insuficiência do artigo 19 do Marco civil da Internet pela sua interpretação atualmente majoritária, ainda que possam existir soluções alternativas constitucionalmente adequadas conforme sustento em minha tese. Mesmo a regulação dos procedimentos de moderação é insuficiente, pois delega aos próprios provedores, pelos termos de uso, especificarem como será tal

procedimento. Não há nenhuma consequência direta por eventual falha no procedimento de moderação, exceto em casos de descumprimento sistemático, ficando a pergunta do que seria considerado como tal. No caso das mensagerias privadas, há mera referências a obrigações de limitação do alcance de conteúdos, verdadeiro protocolo de intenções. Também, não vejo razões para que o projeto não iguale os serviços de mensageria privada às redes sociais, nos casos de grupos com elevado número de participantes sem vínculos claramente definidos, quando a natureza de ambos se demonstra a mesma. Apesar de previsões de sanções, o estabelecimento de obrigações genéricas acaba por esvaziar a coercitividade dessas sanções, assim como a retirada da previsão de instituição de órgão fiscalizador, que seria essencial para conferir efetividade à futura lei. De qualquer maneira, não vejo nenhum risco à Liberdade de expressão no PL, que apenas visa a determinar diretrizes mais claras ao desenvolvimento das atividades das plataformas digitais que estejam submetidas à lei. Aliás, a crítica é no sentido contrário, sobre a insuficiência e pouca clareza das determinações nos períodos de normalidade, que continua a favorecer a disseminação de conteúdos ilícitos. Além disso, perde-se a oportunidade de se determinar a chamada "maioridade digital", ou seja, a fixação de uma idade mínima para acesso de adolescentes aos serviços, impondo aos provedores obrigações concretas e específicas, não genéricas como constante no projeto, para aferição da idade dos usuários que vá além de meras recomendações. Na Europa, mais uma vez, adotou-se a maioria digital e na França há uma tentativa de se ir além, no sentido de proibir o compartilhamento de imagens de crianças na Internet, até pelo seus pais. Medidas que seriam importantíssimas para proteção das crianças e dos adolescentes, que, pela Constituição Federal, demandam proteção prioritária. A limitação das obrigações de cuidado a certas situações tipificadas penalmente também se mostra insuficiente. A desinformação, por exemplo, não se limita a condutas que possam atentar criminalmente contra o Estado Democrático de Direito. Esse fenômeno pode corroer as bases da democracia aos poucos, e por dentro, deturpando todo o processo de discussão social. Não houve golpes frontais na Hungria ou na Polônia que

possam ser tipificados como crimes. Ainda, a ausência de uma agência governamental já especificamente indicada para a fiscalização e supervisão das atividades dos provedores retira bastante efetividade do Projeto de Lei, que se transforma em um protocolo de intenções. Compreendo a solidez do conceito de autorregulação regulada, porém ele necessita da supervisão constante do Estado. As obrigações de transparência, principalmente no que concerne à personalização e remoção de conteúdos, deveriam ser mais bem especificadas, para atenuar a possibilidade de atuação abusiva das plataformas. Há crítica de que tais medidas acarretariam a violação ao segredo industrial, entretanto não é pertinente, pois não se está demandando que esses provedores abram seus códigos, apenas que, de forma perene, informem aos usuários que não há neutralidade, que aquilo visto por eles é baseado em certos parâmetros, esses sim devendo ser informados de maneira direta e clara. A Coca-Cola, o exemplo foi dado na crítica específica que li sobre o tema, não releva a sua receita integral, ou seja, como são combinados os ingredientes, entretanto o rótulo deve trazer todos aqueles que compõem o produto, para proteção do consumidor, que, afinal, constitui o elo mais fraco da cadeia de consumo. A mesma situação ocorre nos casos de serviços de aplicações da Internet.

### **Fundação Podemos: O senhor abordou em sua pesquisa exemplos de outros países. Poderia nos contar um pouco sobre como esse tema está sendo tratado na Europa e nos EUA?**

No mundo inteiro há iniciativas de regulações das atividades dos provedores de redes sociais e mensageria privada. Há um certo consenso entre os estudiosos da matéria de que não se trata de “se”, mas “como” e “quando” será feita a regulação, como disse. Nos EUA, a discussão mais premente pode ocorrer na Suprema Corte, sobre a constitucionalidade do artigo 230, afora outras iniciativas legislativas para impor às plataformas maior transparência e responsabilidade sobre os conteúdos gerados por terceiros, mas de alguma forma por elas impulsionado. Na Europa, o recente “Digital Service Act”, que entra em

vigor pleno no ano de 2024, consolida normas que estabelecem regras bastante específicas e restritivas às plataformas, para que tornem menos opacos os seus mecanismos de personalização, impulsionamento e moderação de conteúdos, bem como de tomada de medidas precaucionais para atenuar o risco de circulação de conteúdos ilícitos, mantendo, ainda, a responsabilidade civil delas em caso de terem ciência, ou ao menos devessem ter, sobre um conteúdo ilícito e não tomarem atitudes para sua remoção. E a ciência, diferentemente da permissiva e injustificável legislação brasileira, pode ocorrer mediante mera notificação por parte de qualquer pessoa, sem necessidade de intervenção jurisdicional. Essa nova regulação vem na esteira da legislação alemã de 2018 que já impunha deveres mais concretos às plataformas, ainda que, no meu entendimento, também vagos e insuficientes. Há também lei na França específica sobre a luta contra a desinformação em períodos eleitorais, por exemplo. Em comum, a imposição de obrigações de transparência e controle às plataformas, além de maior responsabilização pelos conteúdos ilícitos. Aqui percebemos, no primeiro ponto, ou seja, a tentativa de conferir maior transparência e controle das atividades, a aproximação do PL das “fake news” com as iniciativas internacionais e no segundo, sobre a manutenção da responsabilidade menos restritiva, o distanciamento.

### **Fundação Podemos: Como o senhor compreende a campanha das big techs contra o PL das Fake news?**

Esperada, do ponto de vista puramente econômico, entretanto infundada e atentatória ao interesse público. Imagine quão positivo se mostra a um agente econômico poder atuar livremente em suas atividades, de modo não transparente, quase sem nenhuma responsabilidade e com uma regulação extremamente permissiva. Se voltarmos ao período pós-revolução industrial, traçando um paralelo, os agentes capitalistas industriários no decorrer do século XX atuaram fortemente contra as regras de proteção trabalhistas e ao consumidor. Somente troque liberdade de expressão por liberdade econômica. E sempre houve quem se posicionou, no seio dos Poderes constituídos, na sociedade e na academia, contra as regulações, o que atualmente achamos, em geral, um absurdo.

Inimaginável admitir a hipótese de uma criança de 10 anos atuando na metalurgia e, por qual motivo, é aceitável que ela esteja exposta constantemente à conteúdos violentos, desinformação, predadores virtuais? Alguns dirão que cabe aos pais controlar isso, bom, a Constituição Federal estabelece caber também ao Estado e à sociedade a proteção da criança e do adolescente. Agora, do ponto de vista social, essa atuação livre e opaca gera todo o ruído comunicacional que estamos nos deparando há tempos. Leva à potencialização do discurso de ódio, da desinformação, da vulneração dos direitos das crianças e dos adolescentes, como venho insistindo.

Vimos nesta semana a atuação de algumas plataformas manipulando os seus próprios serviços de modo a manifestar oposição ao PL. Quando da discussão sobre a lei alemã de 2017, que entrou em vigor em 2018, houve tentativas de pressão contra a sua aprovação, sempre com base no argumento do risco à liberdade de expressão. Mesmo logo após a vigência, existe uma forte desconfiança de que tenha havido uma atuação concertada entre os provedores ao aumentarem absurdamente o número de remoções e bloqueios de conteúdos lícitos, a fim de atrair a opinião pública contra a lei. Passado o furor inicial, e não sendo muito efetiva a medida, além de haver o risco de responsabilização das plataformas por eventual abuso, os níveis de bloqueios e remoções voltaram à normalidade. No caso do Facebook, à época, percebeu-se que o número de reclamações recebidas por esse era muito menor do que em relação ao Google e ao Twitter. Dois motivos podem ser apontados. A dificuldade de acesso ao formulário de reclamação e a advertência de que eventual falsidade na reclamação seria punida nos termos da lei, mesmo a lei nada dizendo a respeito. Essas informações estão documentadas em artigos científicos mencionados na minha tese. Veja, as bigtechs não são as únicas responsáveis pelo atual estado de coisas e as aplicações por elas oferecidas possuem valor positivo em muitos aspectos para a sociedade. Não se trata de demonizá-las, apenas de adequar a resposta legal ao tipo de serviço ofertado, aos possíveis danos ocasionados e ao poderio econômico e político assumido por esses agentes.

**Fundação Podemos: O debate que está sendo feito na Alemanha, país que**

**inaugurou este tipo de legislação, coloca a ideia de um painel de resolução de conflitos. Você acha que aplicar este preceito na legislação sendo debatida no Brasil seria benéfico?**

A própria lei de 2018 prevê essa possibilidade, desde que haja anuência de ambas as partes. Acredito ser uma ideia interessante, porque confere maior agilidade a eventuais divergências que possam existir entre os provedores e os usuários quando do tratamento de certos conteúdos. Seria, grosso modo, uma espécie de arbitragem privada, com algum tipo de restrição de acesso ao Judiciário, para que não vire mero procedimento formalista. Tenho dúvidas se no Brasil haveria disponibilidade das pessoas em se submeterem a tal mecanismo com limitação das hipóteses de propositura de ação judicial, tendo em vista a alta litigiosidade experimentada na nossa sociedade. De qualquer maneira, esse mecanismo não anula a necessidade de que as plataformas sejam submetidas a obrigações mais rígidas de controle de conteúdos ilícitos e maior responsabilidade.

## Biografia



*Fernando Henrique de  
Oliveira Biolcati*

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz de Direito do TJSP. Colaborador do projeto "Global Freedom of Expression", da Columbia University (EUA). Autor do livro "Internet, 'fake news' e responsabilidade civil das redes sociais (Almedina, 2022), dentre outras obras.

