

Sobre a responsabilidade penal dos gestores das redes sociais pelas informações disseminadas: uma reflexão sobre os riscos do direito liberdade de expressão nas redes sociais

The criminal responsibility of social media managers for disseminated information: a reflection about the risks of freedom of speech on social media

Giuseppe Cammillieri Falco¹

Fernando Andrade Fernandes²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo surge de alguns casos que mostraram a capacidade de influência das informações disseminadas via redes sociais na sociedade. Então, fez-se necessário abordar o papel da rede social na sociedade e como a gestão das redes sociais interagem com seus usuários. O artigo projeta esta análise ao plano jurídico normativo, nesse aspecto, busca-se entender se e o por qual meio o usuário realiza seus direitos na rede sociais, em especial, o direito à liberdade de expressão. Em paralelo, o artigo aborda a rede social como uma atividade empresarial e que, por conta disto, não escapa da equação de proporcionalidade entre risco e faturamento. A gestão das redes sociais envolve riscos, como por exemplo a disseminação de informações falsas e a influência dessa na sociedade. Logo, é preciso saber qual a responsabilidade dos administradores das redes sociais na gestão de tais riscos, principalmente, pois, atualmente, a gestão de risco é um aspecto imputação criminal. Portanto, por meio de um método indutivo, busca-se entender o âmbito de deveres e responsabilidades de natureza criminais no âmbito da administração das redes sociais.

Palavras-chave: gestão, risco, rede social, responsabilidade criminal.

¹ Doutorando, Mestre (2022) e graduado (2018) em Direito pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Campus Franca/SP. Email: giuseppefalco@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011); Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Assistente doutor da Faculdade, de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Campus Franca/SP. Email: feranfer@uol.com.br.

Abstract: The present article arise from the observation of some cases that showed the capacity of the social media influence society. Therefore, it's approach the role of social media into the current society and how social media management interacts with the users. The article project this analyses to the law to understand how the users realize their rights in the social media, in especial, the freedom of speech. Besides that, the paper considers that social media is a business activity with high risks and highly profitable. The management of social media involves high risks each are relevant to assessing criminal responsibility. For that, using a inductive method, the paper searches to understand the duties and criminal responsibility in the management of social media.

Keywords: management, risks, social media, criminal responsibility

1. Introdução

A importância da informação na sociedade não é novidade. Em exemplo caricato, pode-se lembrar que na Roma Antiga os generais enviavam mensageiros percorrer léguas para prestar informações ao imperador sobre o front de guerra. Hoje, de forma ainda mais intensa, a informação detém valor comercial; é fonte de poder político; poder econômico e etc. Logo, a informação é aspecto central da sociedade atual.

Porém, o ponto singular da atualidade não é a informação, em si, ou seu conteúdo, mas a sua forma de difusão. O mensageiro que antes corria por meses para atualizar o imperador, hoje, com uma simples mensagem por meio de um aplicativo de celular consegue percorrer o planeta em fração de segundos para prestar a mesma informação. Nesse sentido, pode-se afirmar que desenvolvimento da tecnologia da informação integrou a sociedade promovendo uma Sociedade em Rede¹.

O ambiente virtual das chamadas Redes Sociais tornou visível o entendimento da Sociedade em Rede. Não se trata, somente, de mero fluxo acelerado e volumoso de informações, mas sobretudo de uma nova forma de interação social. No caso das Redes Sociais, essas características se agravam ao ponto de se considerar, ainda que do ponto de vista

¹ O termo “Sociedade em Rede” refere-se a teoria sociológica desenvolvida por Manoel Castells, a qual será objetivo de melhor explicação neste artigo.

conceitual, um ambiente de projeção da existência do indivíduo. Em outras palavras, hoje, percebe-se uma confusão entre a existência do plano material com a virtual.

Nesse cenário passou-se a questionar a aplicabilidade das normas jurídicas vigentes neste ambiente, visto que, via de regra, tais normas foram criadas quando ainda não existia, ou ao menos não nessa intensidade, este uso da tecnologia da informação. A investigação do Senado estadunidense, em 2018, acerca da influência das Redes Sociais no processo eleitoral, por exemplo, foi ponto de virada para tal reflexão jurídica. Isto porque, mostrou-se que, de fato, existe uma nova realidade que o Direito será demandado a lidar. Nessa investigação deflagrou-se a seguinte pergunta que ora é objeto do presente escrito: qual a responsabilidade dos gestores das redes pelas informações que transitam por meio daquele ambiente virtual?

Os próprios gestores das Redes Sociais, sem segurança jurídica, passaram a despende energia para evitar eventuais responsabilizações pelas informações divulgadas pelas Redes Sociais. Tanto é assim que as empresas gestoras das mais conhecidas Redes Sociais vêm excluindo *posts* e, até mesmo, usuários que propagam *Fake News*.

Ocorre que, sendo um espaço de projeção da existência, passou-se a perguntar se este espaço virtual seria, também, um espaço de usufruto dos Direitos da pessoa. Não por outro motivo, o então senador e ex-presidente do Uruguai José “Pepe” Mujica, em 20 de outubro de 2020, em seu discurso de renúncia, ao afirmar que hoje vivemos em uma sociedade digital, disse que há um dilema que os Estados e sistemas políticos deverão enfrentar no futuro: “até onde é violável a intimidade humana e até onde existe a liberdade” (PEPE, 2020, tradução nossa). A pergunta é: excluir *posts* dos usuários é tolher o direito à liberdade de expressão?

Ademais, neste debate, não se pode olvidar o aspecto econômico, pois, como se sabe, as empresas gestoras de Redes Sociais estão entre as mais valiosas e com maiores faturamentos do mundo. Por outro lado, as atividades empresariais atuais são marcadas pela presença do risco e, por vezes, certa parcela de dano. Por exemplo, uma indústria que lança à atmosfera gás carbônico tem o dever gerir sua atividade com fim evitar ao máximo a emissão desses compostos. Essa exigência não causa qualquer espanto. As atividades empresariais arriscadas não são, a priori, ilícitas, pois a sociedade tolera certo nível de risco em troca dos benefícios providos por tais atividade. A pergunta que se faz, aqui, é justamente acerca do ponto de equilíbrio desta balança entre o faturamento empresarial e o risco criado, ou seja, se existe um risco criado pela gestão das Redes Sociais, qual é seu limite normativo?

Neste ponto, se insere a dogmática jurídico penal, pois caso exista um risco intolerável há de se refletir acerca do uso da força do Direito Penal para repressão deste risco. No entanto, o Direito Penal é, em essência, conflito de liberdades, afinal, sem a liberdade de ir e vir não se pode, por exemplo, praticar o delito de furto. O que quer dizer que, em resumo, o Direito Penal, em alguma medida, tolhe liberdades. De modo que, fazemos a reflexão acerca das possibilidades e dos limites do desfrute dos Direitos nesse espaço virtual.

Enfim, o artigo busca uma resposta para a pergunta que emergiu-se no plano jurídico penal acerca da responsabilidade dos gestores das Redes Sociais. Ou seja, há responsabilidade jurídico penal dos gestores das redes para com delitos praticados por meio dessas? A pretensão é que a resposta trazida pelo texto cumpra duas expectativas. A primeira, sobre análise do arcabouço normativo vigente e a possibilidade de responsabilização penal dos gestores das redes sociais. Depois, caso entenda-se por essa possibilidade, há de se refletir acerca da aplicação prática da norma jurídico penal nesses casos. Afinal, a produção científica no plano jurídico penal presta-se, ao cabo, “para evitar que o julgamento acertado do caso dependa de sorte ou da intuição do juiz” (GRECO, 2002, p.97).

2. A sociedade em rede social.

O sociólogo polonês Zigmunt Bauman sustentou que o advento do celular, dentre outros fatores, anunciou o início da pós-modernidade, visto que o desenvolvimento destas tecnologias da informação, tal qual o telefone celular, foram um golpe de misericórdia na dependência em relação ao espaço físico (BAUMAN, 2001, p. 18). Os fatores tempo e espaço tornaram-se irrelevantes para a disseminação da informação, pois, atualmente, um telefone móvel de uso civil tem a capacidade técnica, por exemplo, de transmitir ao vivo um evento esportivo para todo o planeta. Não há mais nada que impeça, ou sequer dificulte, a disseminação de informações. Pelo contrário, valoriza-se a divulgação de informações, ainda que de cunho privado. Nas palavras de Bauman: “nós colocamos microfones nos confessionários” (BAUMAN, 2011).

Logo, o ponto de virada promovido pela hipertrofia da tecnologia da informação não é seu conteúdo, em si, mas seu método de divulgação e disseminação. Sobre esse novo paradigma informacional, Manuel Castells (2016) destaca cinco características. Em primeiro lugar, a informação é a matéria prima desta revolução tecnológica, ou seja, as novas técnicas são

desenvolvidas para a disseminação da informação e não, como aconteceu em outras revoluções, informações que desenvolveram técnicas de produção.

Depois, levanta-se a capacidade de *penetrabilidade* destas tecnologias e, por consequência, das informações. Os meios técnicos informacionais (por exemplo, um *smartphone*) tornaram-se objeto de desejo; fator de inclusão; de aceitação em grupos e, ao cabo, fator de inserção na sociedade pós-moderna. A sociabilidade é incompleta na sociedade pós-moderna sem a disponibilidade de um telefone celular com acesso à rede. As informações têm profunda influência na sociabilidade e, no plano individual, até mesmo em posicionamentos perante a coletividade. Neste ponto, como se verá mais adiante, se insere ao menos com mais intensidade, fatores de risco das redes sociais que, logicamente, estão inseridos nesta nova organização sociológica.

Em terceiro lugar, a tecnologia da informação permite um rápido trânsito de informação e, por isso, a capacidade de mudança sem qualquer abalo estrutural. Ou seja, é uma metodologia flexível e de rápida alteração. A capacidade reflexiva, ou seja, de auto mutação é fundamental para sociedade marcada pela fluidez e pela valorização da liberdade como capacidade de mudança. Hoje, a liberdade não tem mais o sentido burguês ligado ao livre-arbítrio que se verificou no século XVIII, a este significado se adicionou a possibilidade e capacidade de rápida reconfiguração e fluidez do indivíduo, da coletividade e, no plano intelectual, dos conceitos.

A característica da flexibilidade, no entanto, trouxe um sentimento coletivo de insegurança, afinal, se o preço para viver em comunidade é abdicar de parte de sua autonomia e/ou identidade (BAUMAN, 2003, p.10), em uma sociedade fluída e flexível, entrega-se ainda maior quota de aspectos que definem a individualidade. A fluidez impede a distinção entre o coletivo e individual, assim, aspectos de auto identificação diluem-se neste fluído social. Ao mesmo tempo, a tensão entre a liberdade e a segurança, que provavelmente não será resolvida (BAUMAN, 2003, p.11), agrava-se ante a flexibilidade trazida pela tecnologia da informação. Não por outro motivo, vimos nos últimos anos reagrupamentos em torno de identidades primárias como etnia, religião, território, etc (CASTELLS, 2016, p.63).

Ademais, estamos diante de um cenário de incremento da complexidade da sociedade (GOMES, 2014, p.12). As relações sociais que antes exigiam poucas pessoas e procedimentos, hoje, em que pese mais rápidas, exigem procedimentos de alta complexidade (CASTELLS, 2016, p.125). Um pagamento via cartão de crédito, por exemplo, que é evento tão simples e rotineiro da vida atual, envolve denso sistema bancário e complexa técnica de transmissão de

dados via satélite. Com efeito, os procedimentos, tal qual a tecnologia da informação, tornaram-se extremamente específicos, de modo que as técnicas de comunicação têm rápida obsolescência.

Por fim, e como resultados das características expostas, a atual sociedade organiza-se por meio de uma lógica de redes (CASTELLS, 2016, p.124), em que todos estão interligados por meio de seus nós. As redes se espalham com grande facilidade neste terreno da sociedade pós-moderna, sobretudo, pelas vantagens de estar inserido na rede, de modo que, não estar na rede é fator de exclusão social. Em outras palavras, a existência confunde-se com a presença nesta rede.

Nesta configuração topológica os nós são interdependentes para que a informação flua a todos com maior facilidade, dispensando qualquer hierarquia ou centro de comando. No entanto, uma rede interdependente deixa todos os nós suscetíveis ao abalo em apenas um deles, ou seja, as mudanças, reorganizações etc. promovida em qualquer local influem em toda rede, em maior ou menor medida. O que quer dizer que a rede é, em si, uma situação em que existe compartilhamento de riscos e benefícios.

Neste cenário social pós-moderno, em que a tecnologia da informação detém amplo protagonismo, surgiram as redes sociais, as quais, por evidente, são produtos destas características. Não por outro motivo, por vezes, vimos manifestações nas redes sociais que parecem confundir a existência no plano físico com o plano virtual. As redes sociais são a melhor imagem das características antes delineadas da sociedade pós-moderna. Isto porque, são fluídas, afinal, amizades são feitas e desfeitas em um *click*; complexas, pois envolvem técnicas complexas ligadas a ciência da computação; são espaço de livre trânsito de informação e, por fim, em verdadeiro formato de rede.

A interligação entre as pessoas na rede social não é somente uma percepção. Segundo noticiou-se em 2016 (KURTZ, 2016), o *Facebook* testou em seus usuários a teoria dos seis graus de separação. A teoria, desenvolvida por Stanley Milgram (MILGRAM, 1967), em meados dos anos 60, sustentava, em resumo, que todas as pessoas estavam ligadas por no máximo seis laços de amizade. Logo, décadas antes de pensar-se em Redes Sociais a teoria já mostrava, nas palavras de Milgram, “*in some sense, we are all bound together in a tightly knit social fabric*”² (MILGRAM, 1967, p.67). O teste aplicado pelo *Facebook*, no entanto, apontou

² Tradução Livre: em alguma medida todos estamos ligados a fábrica de tecelagem social.

que a distância entre os usuários da rede social, que totalizam mais de um bilhão, não ultrapassava quatro laços de amizade.

O teste promovido pelo *Facebook* mostra que a rede social promoveu mais intensa interação entre as pessoas, em que pese a virtualidade destas relações. Logo, a rede horizontalizou as relações sociais e, mostra o experimento, aproximou as pessoas. Ocorre que, as Redes Sociais não são ambiente público, pois são controlados e geridos por empresas. Não só isso, a gestão destas redes é atividade de alta lucratividade, de modo que, passou-se a questionar qual a responsabilidade destes gestores pelos riscos criados neste ambiente controlado por eles.

O ponto seguinte, então, busca abordar os riscos gerados pela gestão das Redes Sociais e, desta forma, entender quais são os deveres destas empresas para com tais riscos.

3. Atividade empresarial informacional e o risco.

Dentre as características destacadas da sociedade pós-moderna destaca-se o risco. A concepção da convivência em meio ao risco da sociedade atual desenvolvida por Ulrich Beck (BECK, 2010) não é de todo nova. Porém, fato é que a profecia do autor alemão de que cada vez mais a sociedade conviveria com atividade capazes de produzir grandes riscos e, por consequência, eventuais danos, vem se mostrando real, pois, na dimensão prática, as atividades humanas, em especial as atividades empresariais, são fatores de incremento de riscos e danos. Alamiro Velludo Salvador Netto lembra da crise financeira de 2008 que teve impacto danoso em diversos lugares do planeta, rompendo com barreiras geográficas e causais entre os responsáveis e os afetados (SALVADOR NETTO, 2020, p.65).

Da mesma forma, não é novo os males trazidos pela excessiva concentração de poder nas empresas (SAAD-DINIZ, 2019, p.14). Desde as primeiras reflexões criminológicas de Edwin Sutherland (SUTHERLAND, 2014) sabe-se da prática de delitos nas empresas e por meio das empresas. Não por outro motivo passou-se a estudar a criminalidade no âmbito econômico, seja na dimensão etiológica ou preventiva. Tudo isso, pois, nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, a empresa na sociedade pós-moderna, ante à excessiva concentração de riscos, é um “centro gerador de imputação penal” (SHECAIRA, 2001, p.133).

Por outro lado, é inegável que as empresas que mais concentram riscos são, também, aquelas que auferem grandes volumes de faturamento. A sociedade pós-moderna, isso é notório, remunera o risco. Basta pensar que, no meio bancário, aquele investimento financeiro mais

arriscado é aquele que tem maior potencial de rentabilidade. Nesta balança entre o lucro, ou seja, o ganho individual da empresa, e o risco criado à sociedade, não é surpresa que sobre as empresas recaiam diversos mecanismos de controle incluindo-se o Direito Penal (SALVADOR NETTO, 2020, p.65).

As Redes Sociais, como pode parecer evidente, são uma forma de atividade empresarial. Afinal, como já dissemos, não é novidade que as empresas controladoras desta Redes, hoje, correspondem as companhias com maiores faturamentos no mundo. Assim, é preciso delimitar qual a atividade empresarial destas corporações e, principalmente, quais são os riscos que essa atividade oferece à coletividade.

A Rede Social pode ser resumida a uma plataforma de trânsito de informações de estrutura virtual. O que, em um primeiro momento, pode nos levar a conclusão precipitada de que a atividade empresarial desenvolvida seria somente a manutenção do funcionamento desta estrutura virtual. Resumindo-se, então, na conservação de um enorme servidor capaz de sustentar tamanho fluxo de dados.

No entanto, sabemos que essas empresas auferem receita com a venda de espaços para propaganda. Mais que isso, a depender do contrato firmado entre a empresa que quer anunciar seu produto e as rede social, tais empresas que controlam as Redes Sociais têm o poder de “fazer aparecer” para cada usuário em específico cada propaganda. Ou seja, o usuário que, por exemplo, pesquisa sobre tênis esportivos, as propagandas de marcas deste produto apareceram com maior frequência para esse usuário. Então, há mais na atividade empresarial destas corporações que mera manutenção de funcionamento da Rede Social, isto porque, como no exemplo à cima, a própria empresa é personagem ativo no fluxo de informações.

Ademais, conforme revelaram as jornalistas estadunidenses Sheera Frekel e Cecilia Kang (FREKEL; KANG, 2021), os gestores das redes sociais, tais como o Facebook, não somente estão cientes das informações que transitam nas Redes Sociais, como são capazes de analisar os dados dos usuários e planejar a atuação da empresa diante destes dados. Então, a atividade destas empresas é de gestão de informações e, também, de tratamento de dados tal qual delimita o art. 5º, inciso X, da Lei Geral de Proteção de Dados.

Isto estabelecido, ora devemos nos perguntar qual o risco que tal atividade oferece. Afinal, à primeira vista, pode-se pensar que as Redes Sociais trouxeram somente benefícios à vida cotidiana. Porém, como dissemos, as Redes Sociais penetraram no modo de vida pós-moderno e, além disso, viraram palanques para os que desejam discursar, em especial, no

âmbito político. Ou seja, qualquer simples *post* pode ser visto por milhões de pessoas. O que pode ser benéfico quando se fala em valores democráticos, mas, de outro lado, tem potencial danoso ao disseminar discursos de ódio.

Ademais, o risco (capacidade de dano) que as informações são capazes de gerar, hoje, não advém somente de seu conteúdo. Afinal, discursos antidemocráticos e noticiais falsas, como revelou a obra de Karl Popper em “Sociedade Aberta e Seus Inimigos” (POPPER, 1974), quando discutiu o chamado paradoxo da tolerância em razão dos discursos autoritários da Europa que levaram aos regimes autoritários, existem há, pelo menos, oitenta anos. O que nos preocupa, atualmente, é a penetrabilidade das informações. Isto porque, o que era facilmente identificável em um partido político, jornal ou pessoa, tornou-se uma infundável rede de criação, compartilhamento e difusão de informações.

Além do conhecido escândalo da empresa *Cambridge Analytica* que revelou a capacidade de uso da rede sociais como ferramenta para disseminar discursos eleitorais, o Facebook palanque de articulações e discursos que levaram ao genocídio da população islâmica em Mianmar (FREKEL; KANG, 2021, p.180/181). Diversos foram os usuários que postaram, em tempo real, incentivos ao assassinato em massa daquela população do Sudeste Asiático.

O caso não é isolado. Pelo contrário, os algoritmos das redes sociais, que comandam a dinâmica destas redes, favorecem discursos sensacionalistas. De modo que as redes sociais intensificam discursos emocionados, ainda que sejam discursos de ódio. Em outras palavras, as redes sociais colocam esses discursos em posição de destaque, pois, por via desta, alcançam vasta disseminação (FREKEL; KANG, 2021, p.193).

No entanto, nos cabe perguntar qual a efetiva influência na sociedade das informações transmitidas via rede social. Afinal, sem que exista, ao menos, potencial de influência concreta do risco criado pelas redes sociais (em outros termos, dano), ante ao princípio da lesividade, não há necessidade de regulamentação penal.

Sobre isso, o próprio *Facebook* realizou pesquisa para testar a capacidade de introjeção do comportamento da rede social na psique do usuário. O que queria mostrar o a pesquisa é se os usuários são psicologicamente alterados, bem como qual alcance desta alteração, pelas informações obtidas por meio das redes sociais. Para isso, submeteu cerca de setecentos mil usuários, de forma randômica, a conteúdos distintos sem compromisso com a veracidade dos conteúdos. Afinal, o que queria mostrar era o comportamento do usuário perante um conteúdo.

Uma parte dos usuários foi submetido a conteúdos comumente considerados felizes. Tal qual um vídeo de filhote de cachorro se divertindo. Enquanto isso, outra parte dos usuários foram expostos a conteúdos tristes. A exemplo de um texto sobre a relação entre a imigração e um crescente processo de desemprego. Os resultados mostraram que os usuários tendem a se comportar em convergência ao conteúdo que são submetidos. Ou seja, os usuários que foram submetidos a conteúdos felizes, espalharam conteúdo deste gênero. Os demais usuários, submetidos a conteúdos tristes, proliferaram comportamento e informações com cunho infeliz (FREKEL; KANG, 2021, p.195). Logo, o citado estudo comprova empiricamente a capacidade de influência das redes sociais no comportamento do indivíduo, que responde à construção teórica elaborada no item anterior acerca da importância da rede social na sociedade atual.

No entanto, visando o bom funcionamento da sociedade, a existência uma fonte de perigo obriga, em contrapartida, a criação de um dever de sobre tal perigo (OLIVEIRA, 2019, p.152-153). Esse método funciona para as pessoas naturais, afinal, usando de um exemplo, aquele que dirige um carro – conduta notadamente perigosa – detém o dever de seguir as normas de trânsito, precisamente, para controle do perigo advindo da conduta de dirigir. No entanto, o mesmo vale aos entes coletivos, visto que as atividades desempenhadas no âmbito empresarial se não são em si perigosas, podem tornar-se sem a devida fiscalização dos deveres. Novamente fazendo uso de exemplo, a gestão de um hospital deve garantir a correta assepsia dos instrumentos utilizados em uma cirurgia, sob pena da conduta perigosa, qual seja, realização de uma cirurgia, tornar-se danosa (por exemplo, com a morte do paciente por infecção causada pela má assepsia do instrumental cirúrgico).

Não por outro motivo, hoje, os programas de conformidade (os chamados programas de *compliance*), definidos como método de prevenção e detecção de mal feitos dentro do ente coletivo (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125/126), são objeto de acalorado debate como meio, ao menos formal, de contenção de riscos produzidos pela atividade empresária. O médico, então, ao dizer que não prescreverá a intervenção cirúrgica ao paciente por força de protocolos hospitalares, em que pese possa desagradar o paciente que vê na cirurgia uma solução rápida para sua aflição, está a cumprir o dever de gestão de risco que lhe é imposto, seja pelo exercício da profissão ou pela própria gerência do ente coletivo em que trabalha que, por sua vez, deve gerir os riscos das pessoas sob a sua tutela.

O Direito, em especial o Direito Penal, adentra no presente debate como método de equalização entre riscos e benefícios, pois é o responsável por marcar a divisão entre o risco

permitido e proibido. Assim o faz prescrevendo o comportamento adequado para o respeito ao dever de contenção de risco. Depois, a norma jurídica é o instrumento por meio do qual delimita-se quais as pessoas estão impostas tais deveres.

Portanto, o esforço do presente texto, a partir de então, é transpor a presente discussão acerca do risco da atividade de gestão das redes sociais para o plano jurídico, para verificar-se a possibilidade jurídica de atribuição de responsabilidade penal a pessoas que desenvolvem tal atividade.

4. A liberdade de expressão nas redes sociais

As tecnologias da informação tornaram-se espaços de exercício de liberdades, pois todos os usuários tornaram-se partes controladoras e desenvolvedoras desta tecnologia (CASTELLS, 2016, p.89). O usuário, por ser capaz de produzir conteúdo nas redes sociais, seja por texto, vídeo, foto, ou outro artifício, sente-se desfrutando de sua liberdade de expressão. Por consequência, o usuário sente que esse espaço virtual é, também, espaço de desfrute de direitos tal qual os espaços públicos “não virtuais”. Por isso, os usuários exigem o respeito e, por vezes, a guarida do Estado para com os direitos a serem exercidos na rede social. Tanto é assim, que quando alguma plataforma de rede social bloqueia alguma criação de conteúdo, reverberam comentários e manifestações acerca da violação a direitos fundamentais, em destaque, do direito à liberdade de expressão.

No entanto, cumpre-nos perguntar se as redes sociais são ambientes de pleno desfrute destes direitos e liberdades, tal qual, por exemplo, uma praça pública. Essa reflexão tem efeito na seara criminal, em primeiro lugar, pois define o âmbito de risco permitido. Depois, uma vez que há uma relação entre o usuário e a gestora da rede social, há de se verificar, no plano normativo, quem é o responsável pela informação dispersada nas redes.

Não são novidades os problemas que cercam o direito à liberdade de expressão³. Da mesma forma, não se pode dizer que esses são problemas que remontam somente ao discurso nazifascista. A negativa de fatos históricos, as notícias sem base fática, os chamados delitos de opinião, o discurso de ódio, todos, são manifestações de abuso ao direito de liberdade de expressão que se verificam na atualidade. Dentre diversos exemplos atuais, tal qual os discursos

³ Neste texto, seguiremos a indicação da doutrina especializada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019) para usar a terminologia do texto constitucional, qual seja, liberdade de expressão, para abarcar o direito de pensamento, de opinião e imprensa.

desagregadores acerca do movimento migratório na Europa ou da chamada Guerra ao Terror que proliferou discursos contra a religião islâmica, a Pandemia COVID-19 mostrou que a divulgação de informações falsas sobre medidas sanitárias tem a capacidade de incremento do risco de proliferação da doença que tenta ser contida. Portanto, não são problemas que tocam tão somente a questões de discursos de ódio, tão pouco problemas que se encerram com os regimes nazifascistas.

Isto posto, a Constituição Federal de 1988, que sabidamente considera o direito à liberdade de expressão um direito fundamental, concede amplo espaço para o desfrute deste direito, em especial, ao determinar no art.220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”. No entanto, há consenso entre a doutrina e a jurisprudência de que tal direito está sujeito a limites e restrições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 658). A dificuldade está em definir a linha do limite do direito à liberdade de expressão como regra geral, ou seja, sem a necessidade de valer-se unicamente do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou algumas vezes sobre casos que debatiam o direito à liberdade de expressão e, em que pese a tendência a voltar os olhos para o atendimento ao amplo alcance concedido pela Constituição Federal, não há unicidade na jurisprudência sobre os limites deste direito. Ou seja, encontra-se casos em que a Suprema Corte entendeu por limitar o direito à liberdade de expressão.

Em setembro de 2003 a Suprema Corte brasileira julgou, em plenário, o HC n. 82424/RS, o qual discutia-se a tipicidade do crime de racismo pela conduta de escrita e publicação de livro que propunha que não teria ocorrido o holocausto judeu na 2ª Guerra Mundial. O conhecido como “caso Elwanger” resultou no estabelecimento de algum limite à liberdade de expressão, afinal, entendeu que o paciente havia praticado crime de racismo ao escrever tal livro. No entanto, a decisão não foi unânime, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto para denegar a ordem, sustentou que o livro caracterizaria instrumento de racismo e não investigação histórica, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto para conceder a ordem sob o fundamento de que o livro teria proposto uma visão história e não a instigação ou incitação ao racismo.

Mais recentemente, em junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADin n. 4451/DF, da Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, quando entendeu inconstitucional a vedação legal de rádios e emissoras de televisão de veicular programa de sátiras políticas em

período eleitoral (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 655). O julgamento, claramente, opta por valorizar o direito à liberdade de expressão, em que pese o Ministro Luiz Fux tenha realizado distinção entre a sátira cômica, abarcada pela garantia constitucional, e o falseamento doloso da verdade, o qual não é uso legítimo deste direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 657).

“A liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros etc.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 657). Partindo desta definição, pode parecer que um *post* em uma rede social é uma manifestação de exercício à liberdade de expressão. No entanto, a verdade é que o usuário, ao aceitar os termos de uso da rede social (aquela caixinha que usualmente clica-se para acessar a rede social), na realidade, mitiga parte de sua liberdade de expressão para usar a ferramenta.

Os chamados “Termos de Serviço” são, precisamente, um contrato firmado entre o usuário e a empresa gestora da rede social para uso desta ferramenta comunicativa. Como exemplo, os termos de uso da plataforma *Facebook*⁴ dizem que um dos serviços oferecidos pela empresa é “permitir que você se expresse e fale sobre o que é importante para você”. Ou seja, o usuário está contratando uma ferramenta de amplificação do alcance de sua opinião, entre outros serviços. Não por outro motivo o contrato prescreve concessões e permissões. Por exemplo, os “Termos de Serviço” do *Facebook* proíbe que o usuário divulgue qualquer informação ilegal, enganosa, discriminatória ou fraudulento.

Tudo isso, para dizer que o ambiente da rede social não é espaço de exercício do direito de liberdade de expressão. Do contrário, as plataformas das redes sociais não poderiam excluir o *post* de um usuário sem determinação judicial, sob pena de censura. O próprio *Facebook* limita seus usuários, impedindo que menores de trezes anos; condenados por crime sexual; os anteriormente desativados por violação nos Termos ou Políticas e os impedidos por lei, de acessar a plataforma. O que mostra que não é âmbito garantidor de Direitos, pois o direito à liberdade de expressão não comporta tais exclusões.

Enfim, deve-se firmar que as redes sociais não são espaços de exercício do direito à liberdade de expressão ou, se forem, os contratos de prestação de serviços destas plataformas (“Termos de Serviço”) são ilegais. Até o momento em que se escreve o presente artigo não há

⁴ Disponível em: https://www.facebook.com/policies_center. Acesso em 08.08.2021.

qualquer declaração judicial de ilegalidade sobre os termos de serviços de qualquer rede social, de modo que, por logicidade, até então, o referido contrato está em conformidade com a lei. A questão que nos resta saber é se tal contrato ou, ainda, a violação deste contrato pode ser fundamento para responsabilidade penal.

5. A responsabilidade penal dos gestores de redes sociais

Uma vez que se estabeleceu que o uso das redes sociais se rege por meio de um contrato entre o usuário e a empresa gestora da rede social, não se pode escapar de uma lógica de direitos e deveres (JAKOBS, 2003). Afinal, um contrato, para sua perfeição, exige mútua prestações e contraprestações. Nesse sentido, a doutrina dos crimes de infração de dever, que entende que o crime é a violação de um dever ante a uma expectativa social, torna-se útil. Isto porque, no caso presente, há de analisar a responsabilidade penal por referência à posição que as pessoas se encontram nos termos do contrato e a que obrigações se submeteram.

Além disso, o art. 13, *caput*, do Código Penal impõe, para imputação de um delito, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Em outras palavras, a responsabilidade penal exige uma conduta, independentemente se comissiva ou omissiva. Logo, aqui, também nos é imposto entender qual a conduta que gerou o risco ilícito para o bem jurídico sem a qual o resultado não haveria ocorrido e, por evidente, quem é o agente desta conduta. Afinal, para usarmos de um exemplo, as empresas fabricantes de armas não são responsabilizadas criminalmente por eventual delito que seja praticado com a arma que essa fabricou.⁵

Isto posto, devemos dividir as condutas praticadas isoladamente pelos usuários das redes sociais e aquelas que são amplificadas pelas redes sociais e que, por isso, passam a oferecer risco ilícito. A primeira situação é aquela em que um usuário pratica um delito voltado a uma vítima sem dano coletivo e que, por isso, restringe-se ao abuso de seu âmbito de liberdades. É o caso do usuário que, por meio da rede social, pratica uma injúria em face de seu desafeto comentando uma de suas fotos ou, ainda, o usuário que publica uma foto difamante em face de

⁵ O Direito Brasileiro não comporta a responsabilidade penal da pessoa jurídica, salvo nos casos dos crimes ambientais, no entanto, nesse texto, unicamente por praticidade, fazemos referência a uma responsabilidade do ente coletivo. Isto porque, a responsabilidade penal incidiria a alguém da empresa, tal qual um gerente, conselheiro, operário, etc. No entanto, a discussão acerca de qual integrante do ente coletivo seria o responsabilizado pelo delito não é objeto do presente texto. Por isso, para melhor entendimento, fazemos referência à responsabilidade como se incidisse à pessoa jurídica.

alguém. Nesses casos, a gestora da rede social não é responsável pela injúria ou pela difamação tal qual a empresa fabricante de revólveres não é responsável pelos homicídios eventualmente praticados com as mesmas armas.

Diferente, no entanto, são os casos em que são divulgadas informações de ofensa coletiva e que passam a alcançar grande quantidade de usuários. Nesses casos, a empresa gestora da rede social tem o dever de fazer cessar a propagação da informação e, ainda, informar as autoridades acerca dos eventos. A situação não é diversa com a fábrica de revólveres que, ao verificar um defeito de fabricação na trava de segurança das armas, por exemplo, poderá ser responsabilizada por eventuais danos causados em decorrência do destrave acidental da arma.

Além disso, cumpre às administradoras das redes sociais desenvolverem mecanismos de detecção e contenção de eventos que, por meio do uso da ferramenta disponibilizada pela empresa (rede social), leve a danos sociais. Tudo, para o cumprimento do dever de controle de risco a que está submetida a pessoa (no caso, a administração da rede social) que desenvolve uma atividade arriscada. É, precisamente, sob esse dever, ou melhor, sob a violação desse dever que se pode visualizar alguma fundamentação para eventual responsabilização penal.

O dever de controle do risco ou o dever de controle de uma fonte de perigo pressupõe, evidentemente, o desenvolvimento de uma conduta perigosa. No entanto, essa conduta, em que pese perigosa, não é constantemente ilícita. Ou seja, em que pese não seja uma conduta esporadicamente arriscada, ainda está no alcance da licitude. Pelo contrário, o caso é de uma conduta permanentemente perigosa, mas que a sociedade suporta tal grau de risco. O clássico exemplo do trânsito de veículos exhibe com clareza o que se quer dizer: dirigir um carro na velocidade permitida pela via é perigoso, não há dúvida, mas essa não é atividade ilícita. De outro lado, dirigir a cima do limite de velocidade é intensificar o risco de forma insuportável.

Além disso, o dever de controle da fonte de perigo limita-se ao perigo criado pelo próprio responsável de vigiá-lo (OLIVEIRA, 2019, p.152). Sendo assim, a pessoa que detém o dever de controle o risco está em uma posição de garante, no entanto, diferente da clássica posição de garantidor que se responsabiliza pela curatela e salvamento contra riscos alheio (a exemplo da relação mãe e filho), no caso, o garantidor protege os demais do risco criado por si.

Dentre os deveres de controle pela fonte de perigo, o caso das redes sociais insere-se no dever de vigilância, pois cabe ao controlador da rede social estar atento para que os riscos não se intensifiquem. “Nesse sentido, quem possui em sua esfera de domínio qualquer fonte de perigos está obrigado a mantê-la dentro dos parâmetros de risco permitido” (OLIVEIRA, 2019,

p.153). Esse, é precisamente o dever do gestor da rede social: manter suas estruturas e atuações compatíveis com as finalidades da norma, em especial, visando a contenção de riscos à coletividade.

6. Considerações finais

a. A sociedade, hoje, está estruturada em rede caracterizada pela complexidade e pela interdependência entre seus nós. Logo, os trânsitos de informação são velozes e não se importam com espaços. Os ambientes digitais das redes sociais intensificam essas características aproximando a todos.

b. A gestão das redes sociais é uma atividade empresarial extremamente lucrativa e perigosa. As redes sociais são capazes de influenciar o comportamento de seus usuários.

c. Os conteúdos mais emocionados detêm maior afinidade com os algoritmos das redes sociais, o que os fazem ter maior difusão. Logo, o risco está na capacidade de influência das redes sociais em fazer o usuário aderir a esses conteúdos.

d. A relação entre o usuário e a rede social ocorre por meio de um contrato. Os “Termos de Uso” é o contrato que prescreve as prestações e contraprestações de cada parte (usuário e rede social). Logo, em que pese o contrato deva respeitar os direitos fundamentais, há uma mitigação ao direito de liberdade de expressão em nome do uso da ferramenta chamada Rede Social.

e. Os contratos prescrevem direitos e deveres, por isso, a doutrina do delito da infração de dever é a mais útil para entender a sistemática dos delitos nas redes sociais.

f. O gestor da rede social está em posição de garante no sentido de controle de uma fonte de perigo. Isto porque, desenvolve uma atividade perigosa com potencial lesivo. Por isso, deve resguardar os cuidados e a vigilância necessários para manutenção do risco no âmbito de licitude.

7. Referências

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Entrevista exclusiva Zigmunt Bauman. Direção: Nucleo de Pesquisa em Estudos Culturais NPEC. Produção: CPFL. [S. l.: s. n.], 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1miAVUQhdwM&t=919s>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Zahar. Rio de Janeiro.2001

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer.. Vol.1. 17 ed. rev. atual. São Paulo, Paz e Terra, 2016.

FRENKEL, Sheera; KANG, Cecilia. An ugly truth: inside Facebook's battle for domination. Nova iorque: Harper Collins, 2021. ISBN 978-0-06-296070-2. *E-book*

GOMES, Ana Cristina. Corrupção e Política Criminal: O processo legislativo e a realidade dos tribunais. Dissertação de mestrado apresentada Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2014.

GRECO, Luís. A moderna teoria da imputação objetiva: fundamento prático. *In*: ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal: Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. IV, p. 89-104.

JAKOBS, Gunther. Uma teoria da obrigação jurídica. Tradução de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

KURTZ, João. Facebook testa teoria dos seis graus de separação. Techtudo - O Globo, [S. l.], 5 fev. 2016. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/02/facebook-testa-teoria-dos-6-graus-de-separacao-faca-o-teste.html>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MILGRAM, Stanley. The small-world problem. *Psychology Today*, [s. l.], v. 1, ed. 1, p. 61-67, maio 1967. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2272393&forceview=1>. Acesso em: 13 jul. 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PEPE Mujica: último discurso no Senado na íntegra e legendado. Uruguai: [s. n.], 21/09/2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ZnPGbyxTFY4&t=344s&ab_channel=PTnaC%C3%A2mara. Acesso em: 15 fev. 2021.

POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia Corporativa. São Paulo, Tirant lo blanch, 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 278 p. (Temas atuais de direito criminal). ISBN 85-203-1807-X. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=7571. Acesso em: 27 jul. 2021. p. 131-142.

SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Revista eletrônica de direito penal e politica criminal – UFRGS. VOL.2 N° 2, 2014. Publicado originariamente sob o título “White-collar criminality”, in *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, 1940, p. 01-12. Tradução de Lucas Minorello.