

# GOVERNANÇA DIGITAL E RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS ADMINISTRADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS A TÍTULO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA: FUNDAMENTOS E LIMITES<sup>1</sup>

## DIGITAL GOVERNANCE AND THE CRIMINAL LIABILITY OF DIGITAL PLATFORM ADMINISTRATORS BY OMISSION: FUNDAMENTALS AND LIMITS

Frederico Gomes de Almeida Horta<sup>2</sup>

João Victor Batista Ruas Assunção<sup>3</sup>

**Resumo:** As propostas de reforma legislativa no Brasil, para impor aos administradores de plataformas digitais de interação social deveres de supervisão e mesmo de supressão de conteúdos produzidos por usuários, independentemente de decisão judicial, ampliará sensivelmente a responsabilidade desses prestadores de serviços pelo que é publicado por terceiros nas suas plataformas. A necessidade e a conveniência desse encargo são defendidas em razão das potencialidades e da concreta utilização contemporânea da internet para a divulgação de *fake news* e discursos de ódio, para destruir reputações e para mobilizar pessoas contra os poderes constituídos e a ordem democrática constitucional. Mas a atribuição desses deveres de cuidado tornará os administradores de plataformas digitais, em alguma medida, garantes de vigilância dos riscos decorrentes das publicações de usuários e, como tal, possíveis alvos de responsabilidade criminal por crimes praticados por estes, a título de omissão imprópria. Procura-se examinar os requisitos de tal responsabilização, que variarão objetivamente

<sup>1</sup> Artigo submetido em 10-08-2023 e aprovado em 27-11-2023.

<sup>2</sup> Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Editor-Chefe da Revista do Instituto de Ciências Penais. Advogado criminalista. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2013), mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006), especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal - 2007) e bacharel em Direito pela UFMG (2004). Editor-Chefe da Revista do Instituto de Ciências Penais. Advogado criminalista.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Penal Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador Executivo da Revista do Instituto de Ciências Penais. Advogado criminalista.



conforme a amplitude dos deveres de cuidado e dos poderes de intervenção ou censura, a serem definidos por lei. Conclui-se que a violação de eventuais deveres de controle e censura de conteúdos poderá fundamentar a punibilidade, por participação omissiva imprópria, do administrador de plataforma digital pelo crime comissivo do usuário. Mas, em se tratando de crimes dolosos, tal responsabilidade não prescindirá da efetiva constatação ou de séria desconfiança quanto à existência dos conteúdos censuráveis.

**Palavras-chave:** Governança Digital; plataformas digitais; *fake news*; responsabilidade criminal; omissão imprópria.

**Abstract:** The proposals for legislative reform in Brazil, to impose on the administrators of digital platforms of social interaction duties of supervision and even suppression of content produced by its users, regardless of court order, will significantly expand the liability of these service providers for what is published by third parties on their platforms. The need and convenience of this burden is defended due to the potential and actual contemporary use of the Internet to spread fake news and hates speech, to destroy reputations and to mobilize people against the constituted powers and the constitutional democratic order. But the attribution of these duties of care will make the administrators of digital platforms guarantor of surveillance of the risks arising from the publications of users and, as such, possible targets of non-action criminal liability for crimes committed by those uses. It is intended to examine the requirements for such liability, which will change objectively according to the extent of the duties of care and the powers of intervention or censure, to be defined by law. The conclusion is that the violation of any duty of control and censorship of content may be grounds for punishment, as omission, of the administrator of the digital platform because of the user's crime by commission. But in the case of fraudulent crimes, such liability will not depend on the effective finding or serious suspicion of the existence of censurable content.

**Keywords:** Digital Governance; digital platforms; *fake news*; criminal liability; omission.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Governança Digital e sua regulação no Direito brasileiro: desafios em defesa da democracia; 2.1. Uso das redes e plataformas digitais para mobilizações antidemocráticas, divulgação de *fake news* e outros crimes; 2.2. Responsabilidades das plataformas digitais de *lege lata* e necessidade de reforma; 2.3. Perspectivas de regulação das plataformas digitais no Direito brasileiro: Projeto de Lei 2.630/2020 – “PL das Fake News”; 3. Deveres de cuidado e responsabilidade penal dos obrigados: pressupostos da imputação aos administradores de plataformas digitais de crimes praticados por terceiros; 3.1. Posição de garantidor dos administradores de plataformas digitais e seus deveres de cuidado; 3.1.1. O caso das pessoas físicas e jurídicas obrigadas no sistema antilavagem: lições acerca da responsabilização criminal em casos de desatendimento de deveres de vigilância; 3.2. Possibilidade e requisitos de punibilidade da violação dos deveres de cuidado a título de omissão imprópria, pelo desatendimento aos eventuais deveres de cuidado (vigilância e intervenção); 4. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando a sociedade está massivamente conectada numa rede digital em que todos podem falar e ser ouvidos por todos ao mesmo tempo, a busca por mecanismos de regulação do que se divulga na internet é uma pauta tão grave e urgente quanto a questão climática. Se de uma disciplina na emissão de carbono depende a manutenção dos ecossistemas e da vida na terra tal como



conhecemos, de uma ética da comunicação em massa depende a hegemonia da razão e dos valores democráticos ocidentais triunfantes desde o iluminismo. Por outro lado, a pauta da regulação de conteúdo nas redes sociais apresenta o risco de indevida ingerência estatal, permeada por interesses políticos, nas liberdades fundamentais de expressão, comunicação e manifestação de pensamento.

Como todo problema complexo, o dos limites legítimos da comunicação em rede não permite respostas peremptórias ou reducionistas, como a de que se trataria de *censura*, característica de regimes autoritários. Não sem enfrentar os fundamentos que legitimariam referido controle e não sem ponderar os modelos de regulações das comunicações em rede de outros países democráticos, sejam as já vigentes, como a alemã (NetzDG<sup>4</sup>), sejam aquelas ainda em discussão, como o *Digital Services Act* (DAS), para a União Europeia.<sup>5</sup>

Compreendendo as razões da regulação das comunicações em rede e das responsabilidades atribuídas às plataformas digitais nos modelos propostos, analisam-se os seus reflexos para a punibilidade dos crimes praticados por meio de manifestações dos usuários. Mais precisamente, a possibilidade de imputação de crimes praticados por terceiros (nas redes sociais) aos administradores, por omissão imprópria, quando verificado o desatendimento aos deveres que lhes cabem, ou que sejam futuramente impostos por lei.

Em um primeiro momento, para contextualizar o debate sobre a regulação das redes no direito brasileiro, sob a perspectiva de defesa à democracia e suas instituições (item 2), registra-se, a justificar a relevância dessa regulação, a utilização de meios digitais em mobilizações antidemocráticas, pela divulgação de *fake news*<sup>6</sup>, incitação e coordenação de crimes contra o Estado Democrático de Direito (item 2.1).

Em sequência, analisa-se (item 2.2) aquilo que o ordenamento jurídico brasileiro já apresenta quanto à regulação das plataformas digitais (com destaque ao Marco Civil da Internet – MCI e à Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), ressaltando-se as possíveis responsabilizações que dela podem decorrer.

---

<sup>4</sup> A Lei de Regulação das Redes Sociais alemã (NetzDG) “visa a regular as redes sociais e o conteúdo que ali transita”, “indicando a necessidade de que ocorra, por parte das plataformas, o apagamento dessas postagens ou bloqueio das contas que, aparentemente, realizam tipos penais. Cf. LEITE/TEIXEIRA, *RBCrim* 182, p. 14-15.

<sup>5</sup> Cf. MACHADO/DURIGAN/PEREIRA, PL das Fake News: entenda o que é, seu impacto e as principais críticas. *JOTA*, São Paulo, [n.p.] 18 abr. 2022. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pl-das-fake-news-entenda-o-que-e-seu-impacto-e-as-principais-criticas-18042022> >. Acesso em 22 de março de 2023.

<sup>6</sup> Compreende-se *fake news* como “informações ou notícias falsas compartilhadas na internet como se fossem verdadeiras, principalmente por meio de redes sociais e aplicativos de mensagens. Geralmente, o objetivo de uma *fakenews* é criar uma polêmica em torno de uma situação, angariando visitas ou visualizações em *sites* e vídeos na internet.” Cf. FLUMIGNAN/LISBOA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 184.



Isso posto, passa-se a examinar (item 2.3) a atual perspectiva de regulação das plataformas digitais no Brasil, em relação ao seu objeto, finalidades e limites, destacando-se o Projeto de Lei 2.630/2020 (intitulado “*PL das Fake News*”) e a minuta de Substitutivo ao PL apresentada pelo Governo atual.

Apresentado o atual estado do debate nacional sobre a regulação das plataformas digitais, examina-se a sua perspectiva penal (item 3). Para tanto, considera-se a possibilidade de responsabilização dos administradores das plataformas digitais, a título de omissão imprópria, por crimes contra o Estado Democrático de Direito e contra a honra (principalmente em contextos eleitorais), praticados por terceiros em meios digitais.

Como passo inicial (item 3.1), diante da projetada imposição de deveres de cuidado aos administradores de plataformas digitais e considerando, ainda, possíveis regulações em matéria criminal, anota-se a posição de garantidor que tais sujeitos detêm, acompanhada de seus deveres de vigilância (enquanto deveres objetivos de cuidado) vinculados à fiscalização das plataformas digitais, como pressuposto à sua responsabilização a título de omissão imprópria.

Como norte à compreensão dos efeitos dessa imposição de deveres de cuidado para a responsabilização criminal, sinaliza-se (item 3.1.1) as previsões da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), cuja imposição de deveres administrativos a determinados agentes econômicos (art. 9º), de controle e comunicação de transações suspeitas (artigos 10 e 11), pode viabilizar a imputação do crime de lavagem também a àqueles agentes (pessoas físicas), por infração desses deveres.

Assentado o fundamento da punibilidade dos administradores de plataformas digitais pelo crime de manifestação praticado pelo usuário, examinam-se (item 3.2.) os seus requisitos objetivos, especialmente o desatendimento aos deveres de vigilância que lhes cabem, voltados à prevenção de delitos praticados por terceiros, na internet, com destaque àqueles atentatórios ao Estado Democrático de Direito. Analisa-se, ainda, qual a forma dessa responsabilidade penal, se autoria colateral ou participação no crime do usuário. E, no plano subjetivo da imputação, verifica-se o objeto do dolo na omissão imprópria. No ponto, demonstra-se que para a responsabilização penal dos administradores de plataformas digitais por crimes dolosos praticados por terceiros não basta a violação de seus deveres de cuidado, sendo indispensável a consciência do crime praticado por meio da plataforma e do seu favorecimento pela infração de um dever de intervenção.

## 2. GOVERNANÇA DIGITAL E SUA REGULAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: DESAFIOS EM DEFESA DA DEMOCRACIA



## 2.1. USO DAS REDES E PLATAFORMAS DIGITAIS PARA MOBILIZAÇÕES ANTIDEMOCRÁTICAS, DIVULGAÇÃO DE *FAKE NEWS* E OUTROS CRIMES

Se há controvérsia sobre a legitimidade da regulação das plataformas digitais, não há como negar que a *internet*, quando mal utilizada, pode ser *nociva às relações sociais e às instituições democráticas*.<sup>7</sup>

Como expressão dessa potencialidade, cita-se o fatídico 08 de janeiro de 2023<sup>8</sup>, marcado pela invasão aos prédios do Palácio do Planalto, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, em movimento de vilipêndio às instituições democráticas, cuja organização e mobilização dos envolvidos (financiadores, apoiadores, invasores etc.) se deu fundamentalmente pelas redes sociais.

Os desenvolvimentos tecnológicos, especialmente no campo da inteligência artificial, valeram-se das comunicações em rede e multiplicaram as suas potencialidades.<sup>9</sup> São diversas as ferramentas que as plataformas utilizam para ampliar a divulgação do conteúdo nelas produzido por seus usuários, o que promove números astronômicos de visualizações e de compartilhamentos em curtíssimo lapso temporal. Assim a intitulada *publicidade de plataforma* que, nos termos da atual redação do PL 2.630/2020 (conhecido por “PL das Fake News”), consiste na “*ampliação ou impulsionamento de alcance de conteúdo em troca de pagamento pecuniário ou valor estimável em dinheiro [...]*” (art. 5º, inciso XI).

Para tal ampliação são adotados, por exemplo, sistemas de *métricas e algoritmos* que aferem dados quantitativos (número de acessos, de curtidas, de compartilhamentos) e qualitativos (conteúdo que interessa determinado público, conteúdos de maior engajamento etc.) dos usuários, com o fim de direcioná-los e dirigir-lhes conteúdos, estimulando hábitos, divulgando produtos, promovendo pessoas, ideias e atitudes.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Descartado os efeitos deletérios da criação e disseminação de *fake news* “no âmbito de questões envolvendo saúde pública, tais como movimentos antivacinas e relacionados ao coronavírus (COVID-19), o que pode gerar danos irreparáveis para a sociedade”, cf. FLUMIGNAN/LISBOA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 184.

<sup>8</sup> Cf.: < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/01/11/mapa-online-onibus-brasilia-ato-golpista-8-janeiro-preparacao-confronto.htm> >. Acesso em 26 de março de 2023.

<sup>9</sup> Assim, registrando que “a internet é um ambiente propício a gerar danos”, o que decorre de algumas de suas características, a saber: (i) “impressão de anonimato”; (ii) “abrangência e velocidade de propagação de informações”; (iii) multiplicação das informações por meio de sucessivas transmissões”; e (iv) “ausência de instrumentos de respostas efetivos pela vítima”, cf. FLUMIGNAN/ LISBOA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 184.

<sup>10</sup> Destacando que esse “ambiente fértil para difusão de informações inverídicas possibilitou, ainda, o surgimento dos robôs (contas controladas por *software*) que participam ativamente de debates na internet no intuito de forjar discussões artificiais. Cf. VERBICARO/VIEIRA/OHANA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 300.



Considerando que o faturamento das empresas responsáveis pelas plataformas é marcado sobejamente por *marketing* e *publicidade*, a quantidade de interações e acessos tem sido a moeda de troca ou valor único das redes, o que acaba privilegiando conteúdos polêmicos, fabulosos, agressivos, geradores de engajamento pelo ódio, pelo medo, pelos impulsos menos razoáveis. Afinal, quanto maior o número de usuários, e quanto mais ativos sejam eles, maior o faturamento das empresas.

A questão ganha status de ordem pública, no entanto, quando as plataformas digitais passam a ser utilizadas como mecanismos de manipulação e desinformação em massa, capazes de abalar a confiança social nas instituições democráticas e de influenciar por mecanismos cada vez mais sofisticados de dispersão de mensagens e seleção dos seus destinatários. A partir de então, o controle da comunicação em rede se torna decisivo para a proteção do Estado Democrático de Direito e do funcionamento de suas instituições.<sup>11</sup>

Ilustra esse estado de coisas, o *escândalo da Cambridge Analytica* (empresa de análise de dados que atuou na campanha eleitoral de Donald Trump) nos Estados Unidos, que levou a uma ação coletiva na qual se acusava a empresa de divulgar dados privados de mais de 50 milhões de usuários do Facebook para fins de propaganda política.<sup>12</sup> Some-se a isso a utilização cada vez mais sistemática das *fake news* nas eleições brasileiras, especialmente a partir de 2018 e com extraordinária intensidade em 2022; uma prática delitiva (art. 323 do Código Eleitoral<sup>13</sup>) capaz de desvirtuar completamente os processos eleitorais, aniquilando a sua funcionalidade democrática e reduzindo-os a jogos distópicos de alienação, desinformação e manipulação.

<sup>11</sup> LEITE/TEIXEIRA, *RBCCrim* 182, p. 16 e 18.

<sup>12</sup> Cf. *CNN Brasil*. 23 dez. 2022. Meta faz acordo de US\$ 725 milhões para encerrar caso sobre Cambridge Analytica. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/> >. Acesso em 22 de março de 2023. Cf. *BBC News*. 20 mar. 2018. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml> >. Acesso em 22 de março de 2023.

<sup>13</sup> Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, *atos que sabe inverídicos* em relação a partidos ou a candidatos e *capazes de exercer influência perante o eleitorado*:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre *quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico* acerca de partidos ou candidatos.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime:

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, *ou por meio da internet ou de rede social*, ou é transmitido em tempo real; [...].





## 2.2. RESPONSABILIDADES DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE *LEGE LATA* E NECESSIDADE DE REFORMA

Essas e outras ameaças das redes convidam a revisão dos mecanismos de controle da liberdade de expressão, mais que dos seus limites materiais. Estes, em verdade, já estão bem definidos pelas vedações à incitação aos crimes (inclusive aos golpes de estado ou ao terrorismo), pela proibição de ofender o patrimônio, a imagem, a intimidade, o decoro ou a reputação das pessoas; pela proibição dos chamados discursos de ódio, pelos crimes eleitorais e até mesmo pelo crime de propaganda enganosa.

Mas até aqui a responsabilidade pela violação desses limites esteve praticamente limitada ao autor do discurso proibido, como um contraponto à autonomia a ele garantida na expressão do pensamento.

O custo da proibição da censura foi a exclusiva e integral responsabilidade de quem abusa do poder de se expressar. No Brasil, a responsabilização dos meios de comunicação e dos editores foi francamente restringida após a democratização, como pela declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, condenada como uma herança maldita da ditadura.

A novidade, então, uma vez que as redes sociais promovem uma massificação da comunicação também no polo ativo, dos falantes ou comunicadores, é a reivindicação de poderes de veto, de obstáculos sociais à liberdade de comunicação em rede, mesmo no âmbito de regimes constitucionais democráticos. A esses novos poderes e deveres de controle das comunicações em rede, corresponderia a ampliação do espectro da responsabilização pelo mau uso das plataformas digitais, de modo a atingir os seus gestores, indevidamente lenientes ou permissivos.

A regulação das plataformas digitais não é discussão inédita, nem no Brasil, nem internacionalmente. A legislação brasileira já trata da responsabilidade dos provedores, principalmente no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14).

Nele, contudo, impera uma abordagem liberal quanto à responsabilidade das plataformas digitais por danos provocados pelas manifestações de seus usuários. Com o fim declarado de garantir a liberdade de expressão e “impedir” a censura, essa lei veda a responsabilidade civil das plataformas digitais por danos decorrentes dos conteúdos gerados pelos usuários, salvo em caso de descumprimento de ordem judicial para indisponibilizá-los, nos termos do seu art. 19 (da Seção “Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros”):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo



gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Este modelo está em xeque, não só no Brasil, como em todo mundo. A pauta foi objeto da audiência pública no Supremo Tribunal Federal, convocada “para debater as regras do Marco Civil da Internet”, especialmente a do seu art. 19.<sup>14,15</sup> A questão é objeto de dois Recursos Extraordinários (RE 1037396 e RE 1057258), nos quais se examina a “*responsabilidade de provedores de aplicativos ou de ferramentas de internet pelo conteúdo por usuários*”, bem como a “*possibilidade de remoção de conteúdos que possam ofender direitos de personalidade, incitar o ódio ou difundir notícias fraudulentas a partir de notificação extrajudicial*”.<sup>16</sup> Na audiência, os Ministros ressaltaram que as potencialidades lesivas das comunicações em rede impõem maiores responsabilidades aos que as exploram economicamente.

É a insuficiência da legislação atual<sup>17</sup> para promover soluções satisfatórias aos problemas apontados o que justifica, em última análise, a

---

<sup>14</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

[...]

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no §3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

<sup>15</sup> “O ponto central da audiência é a constitucionalidade ou a necessidade de regulação complementar do artigo 19 do Marco Civil da Internet.” Disponível em: < [https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/ministros-do-stf-defendem-regulacao-das-redes-sociais-e-big-techs-negam-omissao.shtml?utm\\_source=sharenativo&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=sharenativo](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/ministros-do-stf-defendem-regulacao-das-redes-sociais-e-big-techs-negam-omissao.shtml?utm_source=sharenativo&utm_medium=social&utm_campaign=sharenativo) >. Acesso em 28 de março de 2023.

<sup>16</sup> Cf. notícia no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504735&ori=1> >. Acesso em 03 de abril de 2023.

<sup>17</sup> Registrando que o “Brasil, diferentemente de outros países, não possui uma legislação específica sobre *fake news*, devendo-se utilizar o Marco Civil da Internet a respeito do tema, que





definição (e limitação) clara e expressa da responsabilização das plataformas digitais, sendo este o fundamento central que tem pautado os argumentos favoráveis à sua regulação, especialmente no que se refere à atribuição de responsabilidade por seu conteúdo.

Em verdade, a regulação adequada das plataformas digitais não implica obstáculos à liberdade de expressão, mas, sim, garante o seu adequado exercício.<sup>18</sup>

Ao se determinar os deveres das plataformas digitais em relação à gestão dos dados de seus usuários e ao controle de conteúdos criminosos, almeja-se *segurança jurídica*, compreendida em: *cognoscibilidade* das normas, *confiabilidade* na estabilidade do ordenamento jurídico e *calculabilidade* quanto à aplicação futura do Direito.<sup>19</sup>

Da forma como posta a legislação atual, há *ausência de certeza jurídica* em relação aos parâmetros do que é permitido ou proibido no âmbito das plataformas digitais, seja para os seus usuários, mas, principalmente, para os seus administradores. O que se observa é uma regulação por “regras gerais”, de modo a “transferir a decisão do equilíbrio de interesses para o Poder Judiciário, mas sem dotá-lo de regras claras para tanto”.<sup>20</sup>

Não se trata apenas de limitar as condutas ilícitas de usuários das plataformas digitais, mas também de fixar as diretrizes para que as empresas saibam como nortear as suas atividades sem risco de serem responsabilizadas por condutas de terceiros, bem como para que haja uma definição concreta do que se entende por *fake news* e, sobretudo, em que medida e em quais cenários há que se exigir uma intervenção.

### 2.3. PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO DIREITO BRASILEIRO: PROJETO DE LEI 2.630/2020 – “PL DAS FAKE NEWS”

Uma ampla proposta de regulamentação das plataformas digitais, incluindo disposições criminais, de autoria do Senador Alessandro Vieira, tramita agora na Câmara dos Deputados sob o título de Projeto de Lei das *Fake News*

---

se mostra ineficaz e insuficiente para combater este tipo de ilícito virtual.”, cf. FLUMIGNAN/LISBOA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 185.

<sup>18</sup> Nesse sentido, registrando que “as modulações algorítmicas necessitam de regulações e limitações do Estado para evitar e coibir excesso”, de modo que “não se trata de cerceamento de liberdade de expressão, mas sim justamente da proteção desta, primando pelo desempenho livre, verdadeiro e transparente.” Cf. VERBICARO/VIÉIRA/OHANA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 301-302.

<sup>19</sup> Assim, cf. ÁVILA, *Segurança jurídica*, p. 668.

<sup>20</sup> Assim, e destacando que, também em decorrência da “ausência de regulação formal da internet”, abre-se “espaço para que outras formas de regulamentação tenham lugar, formas estas que acontecem fora dos canais democráticos”, cf. LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 93.



(PL 2.630/2020 – Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet), sob a relatoria do Deputado Federal Orlando Silva.

Ao mesmo tempo, como reação à intentona golpista de 08 de janeiro, o Ministério da Justiça apresentou o intitulado *Pacote da Democracia*<sup>21</sup>, que tem por escopo a prevenção de crimes contra o Estado Democrático de Direito, com enfoque na prevenção de conteúdos antidemocráticos difundidos em meio digital. O pacote incluía até uma proposta de medida provisória (MP), regulamentando o controle de conteúdo pelas plataformas digitais. Tal mecanismo foi alvo de severas críticas<sup>22</sup>, ao principal argumento de que questão de tamanha envergadura<sup>23</sup> não poderia ser deliberada via MP, mas objeto de amplo debate. Contudo, ao que parece, o Governo voltou atrás, e em lugar da MP apresentou minuta de Substitutivo ao PL 2.630/20.<sup>24</sup>

Na versão atual do Projeto de Lei,<sup>25</sup> no que se refere à responsabilização das plataformas digitais e de seus administradores, assumem destaque: (i) os artigos 7 e 8, na Seção II (“Das obrigações de análise e atenuação de riscos sistêmicos”) do Capítulo II (“Da responsabilização dos provedores”); (ii) o art. 11, na Seção III (“Das obrigações de Dever de Cuidado”), que prevê um dever de atuação diligente por parte dos provedores, voltada à prevenção e mitigação de ilícitos; (iii) os artigos do Capítulo IV (“Dos deveres de transparência”); (iv) os artigos do Capítulo V (“Dos deveres sobre a publicidade digital”), que determinam que os provedores identifiquem o usuário responsável pelo impulsionamento ou o anunciante. Ressalta-se, ainda, (v) a tipificação autônoma da *promoção ou financiamento* de disseminação de notícias falsas (*fake news*), nos seguintes termos:

<sup>21</sup> Disponível em: < <https://www.jota.info/executivo/entenda-o-pacote-da-democracia-que-o-governo-vai-enviar-ao-congresso-01022023> >. Acesso em 02 de abril de 2023.

<sup>22</sup> A título de exemplo, é ver nota divulgada pela OAB/SP, intitulada “Regulação de plataformas na internet”, registrando a problemática de propor Medida Provisória para tratar da “moderação de conteúdo antidemocráticos em plataformas digitais”, sem que haja “amplo debate público a fim de que sejam protegidos valores como a liberdade de expressão e a inovação tecnológica.” Disponível em: <

[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/2/1CA8D83FA484F7\\_NOTAOAB\\_REGULACAOD\\_EPLATAFORMAS.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/2/1CA8D83FA484F7_NOTAOAB_REGULACAOD_EPLATAFORMAS.pdf) >. Acesso em: 01 de abril de 2023.

<sup>23</sup> *Folha de São Paulo*. Plano do governo Lula de regular o golpismo nas redes sociais via MP é alvo de críticas por atropelo. 27 de janeiro de 2023. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/plano-do-governo-lula-de-regular-golpismo-nas-redes-via-mp-e-alvo-de-criticas-por-atropelo.shtml> >. Acesso em 28 de março de 2023.

<sup>24</sup> Íntegra do documento disponível em: < <https://static.poder360.com.br/2023/03/sugestoes-governo-pl-das-fake-news-30mar2023.pdf> >. Acesso em 02 de abril de 2023.

<sup>25</sup> Cf. o texto inicial do Projeto de Lei 2630/20, disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1648639813988&disposition=inline> >. Acesso em 30 de março de 2023. Cf. a versão atual do PL 2630/20, apresentada em 31/03/2022, disponível em: < [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=Tramitacao-PL%202630/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=Tramitacao-PL%202630/2020) >. Acesso em 16 de junho de 2023.



Art. 50. Promover ou financiar, pessoalmente ou por meio de terceiros, mediante uso de conta automatizada e outros meios ou expedientes não fornecidos diretamente pelo provedor de aplicações de internet, divulgação em massa de mensagens que contenha fato que sabe inverídico, que seja capaz de comprometer a higidez do processo eleitoral ou que possa causar dano à integridade física e seja passível de sanção criminal.

Pena: reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos e multa.

Já quando da apresentação pelo Governo do Substitutivo, a então redação do PL apresentava, comparativamente, maior detalhamento de seus fundamentos, princípios (com enfoque em garantias constitucionais) e objetivos (é ver os artigos 1º, §1º; 3º; 4º e 5º daquela versão do PL 2630/20<sup>26</sup>). Por outro lado, um dos principais méritos da sugestão do Governo é a maior concretude deveres de cuidado e intervenção propostos para as plataformas digitais, maior precisão das consequências de sua violação e clareza quanto aos métodos de controle. Com efeito, nota-se o intuito de estabelecer diretrizes e deveres de cuidado às plataformas digitais, do procedimento e do modo de moderação de conteúdo, com previsões de responsabilização por conteúdo de terceiros.

Esse mérito, aliás, foi reconhecido: a versão atual do Projeto de Lei das *Fake News* inseriu, em seu art. 11, norma cuja redação é praticamente idêntica àquela sugerida pelo Governo no art. 12 de seu Substitutivo, e que tem por objeto a imposição de deveres de cuidado às plataformas digitais em relação ao conteúdo criado, publicado e disseminado por seus usuários.

### 3. DEVERES DE CUIDADO E RESPONSABILIDADE PENAL DOS OBRIGADOS: PRESSUPOSTOS DA IMPUTAÇÃO AOS ADMINISTRADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS, DE CRIMES PRATICADOS POR TERCEIROS

#### 3.1. POSIÇÃO DE GARANTIDOR DOS ADMINISTRADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS E SEUS DEVERES DE CUIDADO

Os chamados garantidores da evitação de crimes, que pela omissão de fazê-lo respondem como se os tivessem praticado, dividem-se em duas categorias, conforme o fundamento do seu dever de agir: garantes de proteção ou garantes de vigilância. Os *garantidores de proteção* são aqueles que, em função de uma relação especial com um pessoa ou outro objeto de proteção, tem o dever de resguardá-lo, na medida das suas possibilidades, contra

---

<sup>26</sup> Cf. a versão anterior à redação atual do PL 2630/20, disponível em: < <https://www.camara.leg.br/midias/file/2022/03/fake.pdf> >. Acesso em 30 de março de 2023.



quaisquer perigos que lhe possam atingir.<sup>27,28</sup> Já os *garantidores de vigilância*, em decorrência de uma *relação juridicamente fundada de controle* com determinada fonte de perigo<sup>29</sup> (como são as empresas<sup>30</sup>, dentre as quais as plataformas digitais), são onerados com o dever de assegurar que, daquela fonte de perigo, não advenham danos a bens jurídicos de terceiros, cabendo-lhe manter as suas atividades no âmbito do risco permitido.<sup>31,32</sup>

Com efeito, os administradores das plataformas digitais, na medida em que responsáveis pela gestão e direção dessas empresas, assumem posição de garantidor originário<sup>33</sup> de vigilância.<sup>34</sup> Com isso, cumpre-lhes o atendimento a deveres de vigilância, cujo fim último é evitar a ocorrência de crimes (*dever de agir para evitar o resultado*, nos termos do art. 13, §2º, do Código Penal<sup>35</sup>)

<sup>27</sup> Cf. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, 289-290. Segundo o autor, “por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar *vigilante* para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan: aquí la función de protección consiste en la *defensa de todos los flancos* del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece em aquellas posiciones de garante que están reconocidas diretamente em um precepto jurídico, así como em aquellas basadas em la asunción fáctica de deberes contractuales.”

<sup>28</sup> No mesmo sentido, cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 316-317 e PARDINI, *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, p. 87.

<sup>29</sup> Classificação que remonta à KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, 289-290. Segundo o autor, “la posición de garante puede consistir em la supervisión de determinada *fente de peligros*, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente.”

<sup>30</sup> Embora não seja o enfoque desse trabalho, ressalta-se que as sociedades empresárias são marcadas por divisão de funções, em nível horizontal e em nível vertical (delegação), que repercute diretamente na atribuição de responsabilidade penal. A *delegação* assume particular destaque, na medida em que, quando adequada, implica transformação dos âmbitos de competência e, pois, dos deveres do garantidor originário que, após a delegação, remanesce com deveres residuais de vigilância em relação à atuação do delegado. Sobre a delegação de funções, esclarecendo seus requisitos e consequências sobre a imputação de crimes, cf. MONTANER FERNANDÉZ, *Gestión empresarial...*, p. 96; SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del...*, p. 93; SOLAVAGIONE, *REC*, p. 147-156.

<sup>31</sup> Cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p. 128. No mesmo sentido, destacando que o controle do administrador sobre a fonte de perigo empresa é o fundamento material de sua posição de garantidor, cujo objetivo é a manutenção dos riscos em patamar permitido, cf. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p. 132-133.

<sup>32</sup> Do mesmo modo, indicando que esses deveres de asseguramento têm por fundamento o *domínio sobre uma fonte de perigo*, no caso a empresa, cf. SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 311 e 338.

<sup>33</sup> Também intitulados de *garante próprio*, é aquele sujeito “quem originariamente assume um dever de garantia, a garantia originária ou primária”, enquanto os *garantes impróprios* (ou *secundários*) são “aqueles indivíduos que assumem esse papel por transferência de outrem, vale dizer, por meio de uma delegação”. Cf. SILVEIRA, *Direito Penal Empresarial...*, p. 189-190.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, p. 157.

<sup>35</sup> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;



decorrentes das atividades e oportunidades disponibilizadas pela sociedade empresária.<sup>36</sup>

Os deveres de vigilância de um empresário qualquer têm sua concretude determinada a partir, especialmente, dos deveres de cuidado que regulamentam o setor e dos âmbitos de competência<sup>37</sup> dos sujeitos envolvidos. A observância dessas diligências é a diretriz para se verificar se a atividade empresarial se mantém no âmbito do risco permitido ou se, pelo contrário, enseja um perigo intolerável da prática de crimes por terceiros, pelos quais o empresário deva em alguma medida responder.<sup>38</sup> Ou seja, a compreensão do caráter lícito ou criminoso das condutas dos empresários administradores dependerá, em um primeiro momento, da compreensão e delimitação das normas relacionadas à atividade econômica da empresa.

Assim, a responsabilização penal dos dirigentes empresariais, a título de omissão imprópria, por crimes praticados por meio da empresa, tem por pressupostos o desatendimento das cautelas indispensáveis ao controle dos riscos da atividade empresarial e a realização desses riscos na prática de crimes por terceiros (geralmente subordinados), quando provavelmente teriam sido evitados pelas cautelas exigidas dos dirigentes.<sup>39</sup>

Percebe-se, portanto, a relevância assumida pelos deveres de cuidado que regulamentam os diversos setores e ramos das atividades empresariais. Feitas essas considerações gerais, inicia-se a análise da posição de garantidor dos administradores de plataformas digitais e dos deveres de cuidado que passarão a lhes incumbir, especialmente a partir da regulação proposta pelo PL 2.630/2020, com enfoque nos possíveis efeitos criminais.

Para compreender a finalidade do PL 2.630/2020 quanto à prevenção de crimes, importa registrar a previsão do art. 11, *caput*, da sua versão atual:

Art. 11. Os provedores devem atuar diligentemente para prevenir e mitigar práticas ilícitas no âmbito de seus serviços, envidando esforços para aprimorar o combate à disseminação de conteúdos ilegais gerados por terceiros, que possam configurar: [...]

---

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

<sup>36</sup> Cf. ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 137. No âmbito empresarial, esse dever de vigilância sobre as atividades é contemplado pela “adoção de mecanismos de vigilância sobre os processos próprios da atividade empresariais”; cf. SILVEIRA/SAAD-DINIZ, *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção, p. 130-131, 141.

<sup>37</sup> Destacando a relevância da delimitação dos âmbitos de competência para a imputação de crimes na seara empresarial, cf. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p. 135, compreendendo *competência* “como o conjunto de deveres de *cuidado* incidentes sobre a esfera de atuação do empresário, decorrentes do *risco* por ele criado (ingerência) ou das atribuições por ele assumidas diante de *riscos alheios* (por lei ou assunção).”

<sup>38</sup> Nesse sentido, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, *Autoria e Participação...*, p. 46.

<sup>39</sup> Assim, cf. ROBLES PLANAS, *Estudos...*, p. 236-237 e ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 134-137.





Este dispositivo obrigaria a atuação das plataformas digitais com o objetivo de prevenir condutas (conteúdo produzido por terceiros) que *configurem* ou *incitem* crimes contra o Estado Democrático de Direito (inciso I), dentre outros delitos. Causa espécie não ter sido incluído, no rol taxativo dos delitos alvo de prevenção, apresentado na proposta, os crimes eleitorais (como o de divulgação de *fake news* e os crimes contra a honra previstos no Código Eleitoral).

São dois os argumentos que, segundo a legislação atual, inviabilizam a responsabilidade criminal dos gestores de plataformas digitais por conteúdos de seus usuários: o primeiro deles é de ordem legal, pois o art. 19 do Marco Civil da Internet restringe o *dever de intervenção* aos casos em haja decisão judicial expressa; o segundo se ampara na *liberdade de expressão* dos usuários, compreendida como garantia contra a censura privada, incompatível com um dever de controle das plataformas sobre o conteúdo das manifestações dos usuários, sem que haja regulação legal.

Mas, em sendo instituídas *obrigações legais de vigilância* do conteúdo das manifestações de usuários (tal como o *dever de atuação diligente para prevenir e mitigar práticas ilícitas* previsto no art. 11 da redação atual do PL), haverá o dever (legal) de agir cuja omissão poderá, em alguns casos, fundamentar a punibilidade dos gestores de plataformas digitais, por crimes praticados pelos usuários.

A imposição de deveres extrapenais, contudo, não basta à afirmação do *dever jurídico-penal* de garantidor. Exige-se o *fundamento material*, consistente no *domínio sobre o fundamento do resultado*, que depende da análise da estruturação e regulação da gestão da empresa.<sup>40</sup> A posição de garantidor originário dos dirigentes empresariais decorre de uma *relação juridicamente fundada de controle* com a sociedade empresária. A rigor, essa posição, e o conseqüente *dever de agir para impedir resultados típicos* encontra fundamento legal na alínea *b* do §2º do art. 13, CP, eis que o fato de deter posição de administrador representa *assunção de responsabilidade de impedir o resultado*, em razão da gestão das atividades empresariais.<sup>41</sup> Pode-se falar ainda na *ingerência* (alínea *c* do §2º do art. 13, CP), quando, em razão da violação às normas de cuidado que regulam a atividade, o sujeito cria um *risco não permitido*, devendo agir para evitar a ocorrência do resultado típico.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Assim, LUZ, *Compliance e omissão imprópria*, p. 264-265.

<sup>41</sup> Nesse sentido, registrando que: “há de se entender o empresário como tendo assumido, por seu próprio papel, a responsabilidade de barreira de contenção de determinados riscos. Ele assume o domínio organizativo e o controle sobre os riscos que podem ameaçar a própria esfera da empresa.”; cf. SILVEIRA, *Direito Penal Empresarial...*, p. 187-188.

<sup>42</sup> Cf. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p. 132-134. Ainda segundo o autor, à p. 134: “O descumprimento das normas de cuidado que transforme o *risco* em não permitido e cause um resultado típico permite a atribuição de responsabilidade penal a título de *ingerência* (CP, art. 13, §2º, c), sem que seja necessária a identificação de qualquer ato de assunção ou dever legal.”





### 3.1.1. O CASO DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS OBRIGADAS NO SISTEMA ANTILAVAGEM: LIÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL EM CASOS DE DESATENDIMENTO DE DEVERES DE VIGILÂNCIA

Relevante para compreender as consequências da violação dos deveres de cuidado extrapenais, para a imputação de crimes praticados por terceiros, a título de omissão imprópria, é a experiência precedente dos deveres de cuidado e informação previstos na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).

Há quem questione se os deveres administrativos de controle e de comunicação de operações suspeitas, dos que exploram atividades sensíveis para o sistema antilavagem, seriam suficientes para fundamentar um dever jurídico-penal de garante, uma vez que tais obrigações não estariam expressamente vinculadas à evitação do fato típico.<sup>43</sup> Um óbice que estaria removido na Lei das *Fake News*, considerando o art. 12 da redação atual. Afinal, tal dispositivo impõe deveres de cuidado expressamente voltados à prevenção de crimes (ou mitigação de riscos de sua ocorrência) praticados por terceiros nas plataformas digitais.

De todo modo, frequentemente se reputa o desatendimento às obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98, quando praticado com consciência de que a operação se presta à lavagem de capitais provenientes de crimes (ou ao menos quando haja tal desconfiança, suficiente para o *dolo eventual*), como suficiente para imputar o delito de lavagem ao responsável pela operação ou transação, ao menos a título de participação. São casos nos quais, por exemplo, um dos sujeitos juridicamente obrigados pelo art. 9º da Lei (*v.g.*: pessoa jurídica que intermedeie compra e venda de imóveis), diante de uma operação suspeita realizada por um de seus clientes, comumente associada à prática de lavagem de capitais, não realiza as condutas que lhe incumbem (*v.g.*: não comunicar ao COAF operações notadamente reputadas como suspeitas, como a aquisição de diversos imóveis, em valores elevados, mediante pagamento em espécie).

### 3.2. POSSIBILIDADE E REQUISITOS DE PUNIBILIDADE DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE CUIDADO A TÍTULO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA, PELO DESATENDIMENTO AOS EVENTUAIS DEVERES DE CUIDADO (VIGILÂNCIA E INTERVENÇÃO)

O único dispositivo da legislação atual que poderia diretamente levar à responsabilização criminal dos administradores de plataformas digitais por

---

<sup>43</sup> LUZ, *Compliance e omissão imprópria*, p. 258-259. Registrando a ilegitimidade de se imputar lavagem de capitais a título de omissão imprópria em razão da violação aos deveres previstos nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98, cf. SILVEIRA, *Direito Penal Empresarial...*, p. 229.



conteúdo de terceiros (desde que atendidos os pressupostos da imputação objetiva e subjetiva), é o art. 19 do Marco Civil da Internet<sup>44</sup>, nos casos em que, “*após ordem judicial específica*”, “*não tomar as providências para [...] tornar indisponível o conteúdo*”.

Numa eventual substituição deste limitado dever por obrigações de controle de conteúdos publicados nas plataformas, abusivos da liberdade de expressão, como a divulgação de *fake news*, discursos de ódio, incitação a crimes, incitação de atentados aos poderes constituídos, ofensas à honra, à liberdade individual ou fraudes patrimoniais das pessoas, para fins de evitação desses crimes, a possibilidade de imputar aos gestores dessas plataformas responsabilidade penal pelos crimes dos usuários aumentaria sensivelmente.

Essa consequência pressupõe, todavia, que os deveres de cuidado impostos às plataformas estejam ligados objetivamente (mais do que finalisticamente) à evitação ou cessação de crimes dos usuários, ou seja; que existam especificamente deveres legais de intervenção idôneos ou eficientes para tal mister.

Assim os encargos de vigilância, com deveres de monitoramento da plataforma, de manutenção de um canal de denúncia, de diligência na apuração de conteúdos abusivos, acompanhados de algum dever de intervenção, como a exclusão de usuários anônimos ou inidôneos, como os robôs (contas automatizadas); de indisponibilização de conteúdos abusivos (censura), de suspensão de contas ou bloqueio de usuários, ou ao menos um dever de comunicação de determinados crimes às autoridades competentes para a repressão e persecução penal.

Só assim, pela infração de um dever idôneo a obstaculizar uma empreitada delitativa, de fazer cessar a execução de um crime ou neutralizar o perigo de novos resultados típicos criado por meio da publicação abusiva, é que se pode ver uma intervenção omissiva em crime comissivo alheio. Nestes casos se pode dizer que a gestão da plataforma digital contribuiu com a conduta comissiva (publicação abusiva) do usuário, pela violação dos seus deveres de controle dos perigos oriundos da rede social disponibilizada pela empresa.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Antes da promulgação do Marco Civil da Internet, especificamente de seu art. 19, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça era de que “caso ocorresse uma notificação extrajudicial do provedor de conteúdo para a retirada de qualquer informação ilícita, deveria ser atendida em 24 horas, até que tivesse tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações”, respondendo “solidariamente com o autor direto do dano”, “em virtude da sua omissão (*culpa in omittendo*)”. Ou seja, adotava-se o sistema do *notice and take down* como regra geral, que se viu substituído pelo “sistema conhecido como *judicial notice and take down*”, estabelecido pelo art. 19 do MCI, sendo o principal fundamento para essa alteração a priorização da “liberdade de expressão, pois a análise judicial para a remoção do conteúdo evitaria que muitas manifestações relevantes fossem removidas sem razão jurídica.” Cf. FLUMIGNAN/LISBOA, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 188-189.

<sup>45</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 59-60.



Como o caráter delitivo e, portanto, punível de uma conduta (ação ou omissão) depende fundamentalmente da sua previsão com anterioridade na lei, os deveres de agir dos gestores de plataforma digital devem ser objetivos, vinculantes para a prestação desse serviço independentemente da vontade da empresa. Não basta, portanto, que os mecanismos de controle, as hipóteses e as formas de intervenção estejam previstas apenas na política de uso da plataforma, pois nesses casos falaremos de um mero direito subjetivo, de um poder decorrente de uma relação contratual, privada, e não de um dever cujo inadimplemento possa ser reprimido pelo Estado, sob ameaça de pena.

Como se trata de controle, intromissão e eventualmente embargo da liberdade de expressão alheia, esses deveres só vinculam objetivamente seus destinatários se tiverem um fundamento legal, ainda quando detalhados por outras fontes normativas, como um órgão ou agência reguladora.

Esta condição da punibilidade da omissão parece atendida na redação atual do Projeto de Lei das *Fake News*, para os casos de leniência ou permissividade com conteúdos abusivos de usuários regulares. Isso na medida em que o art. 11 estabelece a obrigação de uma *atuação diligente* dos provedores, a fim de “prevenir e mitigar práticas ilícitas no âmbito de seus serviços”, a exigir-se uma estruturação dessas sociedades empresárias para combater a produção e disseminação de determinados conteúdos por seus usuários, limitados por um rol taxativo de crimes.

Assim, na hipotética vigência da Lei das *Fake News*, tal como concebida na redação atual do Projeto de Lei 2630/20, uma contribuição típica de um encarregado de controle de plataforma social, para uma tentativa violenta de golpe de Estado, torna-se vislumbrável, desde que comprovada a inobservância dos deveres de vigilância impostos (deveres de cuidado) pelas plataformas digitais, bem como as tipicidades objetiva e subjetiva dos crimes omissivos impróprios, a seguir expostas.

Embora o conteúdo de injusto da omissão seja a violação do próprio dever, e por isso os omitentes são indistintamente considerados autores do crime pela doutrina dominante<sup>46</sup>, entende-se que quando a omissão apenas contribui para o crime cometido por um terceiro, quando ela apenas garante as condições de sucesso da empreitada de um outro sujeito autônomo, que detém de fato o poder configurador do crime, então a omissão é mais adequadamente compreendida como participação omissiva em delito comissivo de terceiro (usuário da rede social).

---

<sup>46</sup> Registra-se, no entanto, que a admissão de participação por omissão imprópria se trata de concepção minoritária na doutrina. Majoritariamente, reputa-se que a responsabilização por crimes omissivos impróprios sempre se dará a título de autoria, ao argumento de que, uma vez que são *delitos de dever*, autor será aquele que viola o dever que lhe cabia. Cf. BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 84 ss.



Para a configuração de um crime omissivo impróprio, todavia, não basta a violação a deveres de cuidado e do dever de agir para evitar o resultado. A tipicidade objetiva da omissão imprópria demanda ainda outros requisitos. Assim (i) a situação típica de perigo e o resultado (a publicação abusiva, que configure um crime ou uma preparação de crime); (ii) a posição de garantidor (o dever da plataforma de controlar determinados perigos decorrentes da atividade dos usuários); (iii) a possibilidade fático-jurídica de realizar a conduta devida (condições individuais de identificar, obstaculizar, interromper ou denunciar o uso irregular da plataforma); (iv) além do nexo de causalidade e imputação objetiva do resultado à omissão do indivíduo.<sup>47</sup>

A *situação típica de perigo* (para determinado bem jurídico) é compreendida como o risco de ocorrência do resultado típico que caberia ao garantidor evitar<sup>48</sup>, ou no caso de uma publicação criminosa, interromper, indisponibilizar. É a existência desse fato, o uso indevido ou abusivo da rede social, que aciona o dever de intervenção do garante.<sup>49</sup>

Já a possibilidade fático-jurídica de atuação se subdivide na *capacidade físico-real de desempenhar a conduta exigida* e a *possibilidade jurídica de agir*. Essa compreensão analítica do poder de agir assume particular relevância nos contextos empresariais, em que as competências individuais são reguladas por normas jurídicas diversas (como as de direito societário, regimento e estruturação da empresa, instruções normativas etc.), sendo fundamental para delimitar quem pode cumprir o dever, ou qual a incumbência de cada um para tal adimplemento.<sup>50,51</sup>

Para além disso, em se tratando de crimes dolosos, deve-se verificar a consciência, pelo omitente, de todos aqueles requisitos objetivos da omissão típica, especialmente quanto ao uso irregular da plataforma ou a publicação proibida, reconhecendo nela o abuso da liberdade de expressão que acionaria o

<sup>47</sup> Cf. ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 79. No mesmo sentido, registrando que o tipo objetivo do delito omissivo impróprio tem cinco pressupostos, a saber: (i) situação típica, (ii) omissão da conduta exigida, (iii) capacidade individual de agir do omitente, (iv) imputação objetiva do resultado e (v) posição de garantidor, cf. ROXIN, p. 813-815.

<sup>48</sup> Assim, cf. SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión*, p. 353. Nesses contextos, trata-se do “risco da prática de um delito por um integrante da empresa”, cf. TURIENZO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal del compliance officer*, p. 245

<sup>49</sup> Assim, cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 355.

<sup>50</sup> ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 246-249.

<sup>51</sup> Assim, intitulando de *real possibilidade de agir*, cf. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 351-353. Como o autor esclarece, essa condição difere da *capacidade física de agir*. A elementar dos crimes omissivos impróprios é a *possibilidade pessoal do sujeito de cumprir o seu dever de agir para evitar o resultado típico*, que “deve também englobar a *capacidade individual* de realizar aquela específica conduta determinada pela norma”. Registrando que é indispensável que o sujeito tenha capacidade de cumprir o dever, sendo “sem a *possibilidade de agir* não existe a *expectativa normativa* sobre a qual se estrutura a pretensão de comportamento”, cf. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, p. 42-43.



eventual dever de embargo, bem como a consciência das suas condições e poderes para cumprir o dever de agir para disponibilizá-la ou denunciá-la. Ou seja, deve-se verificar se o administrador omitiu dolosamente (considerando que a previsão de figura culposa é exceção) a conduta devida.

#### 4. CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos e a crescente utilização de redes sociais fizeram surgir novas necessidades relacionadas à Governança Digital, dentre as quais se destaca a regulação das plataformas digitais, especialmente para mitigar os riscos de práticas criminosas em meios digitais, com destaque aos delitos contra o Estado Democrático de Direito e contra a honra, comumente ligados a contextos eleitorais.

No Brasil, eventos recentes (marcados por mobilizações antidemocráticas, criação e disseminação de *fake news* e delitos cometidos na *internet*), demonstraram a insuficiência da legislação vigente para controlar as chamadas ameaças das redes. Com efeito, na medida em que elas massificam a comunicação também no polo ativo, dos produtores de conteúdos, um controle eficiente demandará responsabilização dos sujeitos centrais das redes, que são os gestores das plataformas digitais. Afinal, eles são detentores de poderes fáticos-tecnológicos de supervisão e moderação dos conteúdos e são também os beneficiários econômicos da audiência gerada pelos conteúdos disponibilizados gratuitamente pelos usuários.

No centro dessa perspectiva de regulação das redes e de ampliação da responsabilidade pelo conteúdo das publicações, para além dos seus autores, está o Projeto de Lei 2.630/2020 (“PL das *Fake News*”), cuja redação atual prevê o estabelecimento de diversos deveres às plataformas digitais, bem como o crime de *promoção ou financiamento* de disseminação de notícias falsas.

Embora não imune a críticas, um dos principais méritos da redação atual do PL das *Fake News*, e de louvável relevância, é o estabelecimento de deveres de cuidados aos provedores, consubstanciados em uma *atuação diligente* voltada à *prevenção e mitigação de práticas ilícitas no âmbito de seus serviços*, de modo a tornar os gestores de plataformas digitais garantidores de vigilância, contra publicações que constituam crimes graves, especialmente favorecidos pelas redes, como a divulgação de *fake news* e mobilização de atentados à ordem democrática.

A autorregulação regulada das plataformas digitais, portanto, assumirá papel de destaque, mediante a estruturação das sociedades empresárias para o atendimento dos diversos deveres e obrigações previstos no PL, cujos reflexos podem ser cíveis, administrativos e criminais. Como expressão disso, sobretudo, a obrigação da realização de *relatórios de transparência* (art. 23) e de *auditoria externa e independente* (art. 24), a fim de demonstrar os procedimentos de





moderação adotados e permitir a avaliação do cumprimento dos deveres previstos.

Contudo, parece ainda faltar em nosso desenho institucional uma autoridade administrativa reguladora com poderes de polícia, isto é; de embargo a publicações abusivas ou criminosas. Talvez esta seja uma solução de meio termo: um sistema moderador de conteúdos publicados nas redes, no qual o poder de censura repouse em mãos do Estado, para ser exercido segundo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, que orientam as relações públicas e os atos administrativos.

Caso haja superveniente imposição de deveres de vigilância e intervenção aos administradores das plataformas digitais quanto ao conteúdo criado e publicado por seus usuários (seja tal como previsto no art. 11 do PL da *Fake News*, ao estabelecer a obrigação da adoção de medidas destinadas à evitação de crimes, ou ainda diante de eventual dever direito de intervenção, voltado à indisponibilização de conteúdos criminosos criados e publicados por seus usuários), aqueles se tornarão garantes de vigilância, contra os riscos decorrentes desses conteúdos.

Com isso, poderão responder por eventuais crimes dos usuários, a título de participação por omissão imprópria, desde que presentes todos os demais requisitos objetivos e subjetivos para tanto, em especial a consciência da publicação abusiva e da possibilidade de intervir para promover sua censura, indisponibilização ou repressão.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, n. 09, p. 26-57, janeiro/abril de 2012.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes; LISBOA, Roberto Senise. A responsabilidade civil dos provedores de internet pela supressão de notícias falsas sobre saúde pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 130, jul./ago. p. 183-202, 2020.





- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 182, p. 385-458, 2021.
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005.
- LUZ, Ilana Martins. *Compliance e omissão imprópria*. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- MONTANER FERNANDÉZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier, 2008.
- PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- ROBLES PLANAS, Ricardos. *Garantes y cómplices*. La intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, t. II, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: BdeF, 2013.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SOLAVAGIONE, Lucía. Requisitos y consecuencias de la delegación vertical de deberes de cuidado. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 141-172, 2019.
- TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Jaina; OHANA, Gabriela. Consumo digital, notícias falsas e o controle da (des)informação do consumidor à luz da modulação algorítmica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 143, set./out., p. 285-314, 2022.

