

Terminologia e conceito de redes sociais nos crimes cibernéticos

A migração dos criminosos para o mundo virtual

O avanço tecnológico já havia impulsionado a sociedade brasileira para as arenas virtuais, mas foi na pandemia da Covid-19 que se potencializaram as relações travadas na internet, em todas as faixas etárias. À medida que as pessoas foram obrigadas a se isolar fisicamente, o ambiente virtual remanesceu como o espaço de seus problemas. E os criminosos se aproveitaram disso.



Adriano Sousa Costa
Delegado da Polícia Civil de GO

Tanto é que, quando comparados os números de infrações penais entre

2018 a 2021, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve aumento vertiginoso de 497,5% dos estelionatos por meio eletrônico (BUENO; LIMA, 2022, 110-1, 120-1).

O parlamento nacional, ciente desse crescimento exponencial, viu a necessidade de disciplinar essas novas relações no mundo virtual, bem como agravar as penas das infrações penais que nesse universo passaram a ocorrer.

O problema é que os legisladores, quando do tratamento a essas infrações virtuais, utilizaram-se de terminologias nada certeiras, o que ocasionou assimetrias na aplicação de tais normas. Veremos.

Mídia e rede sociais virtuais: gênero e espécie

As mídias sociais virtuais se diferenciam das outras tecnologias de disseminação de informações pela possibilidade de o usuário expor conteúdo na internet de forma pública e também de criar laços com outros usuários que tenham interesse em comum. E tais mídias geralmente se apresentam na rede mundial de computadores por aplicações da internet, mais vulgarmente conhecidos como aplicativos.



Um olhar mais técnico leva-nos para a construção de uma relação de gênero e de espécie envolvendo as mídias e as redes sociais virtuais. Aquelas são gêneros das quais estas seriam espécies. Seriam exemplos de redes sociais o Facebook, o Instagram e o LinkedIn. Os aplicativos de mensageria seriam WhatsApp e Telegram; as aplicações de difusão de conteúdo poderiam ser representadas pelo YouTube. E todos esses seriam considerados mídias sociais, como gênero.

Assim, toda rede social digital é uma mídia social, mas nem toda mídia social é uma rede social, pois nem todas as suas categorias propiciam essa interligação exponencial de usuários. (CLEMENTI *et al*, 2017, p. 464).

Fato é que tal conceito de redes sociais é costumeiramente afrontado. Muito disso por falta de precisão do legislador pelo uso de termos inadequados nos tipos penais incriminadores.

Características e conceito de redes sociais

Ao tratar de redes sociais, Coenen *et al* (2006) aponta as características importantes para as referidas aplicações: a) possibilidade de criar grupos; b) rastreamento de conteúdo; c) permitir diferentes perspectivas. Ousamos trazer à baila outros elementos essenciais, até mesmo para melhor diferenciar o conceito de *mídia social* do de *redes sociais*.

O primeiro é a exposição e a oferta do perfil do usuário (por intermédio de algoritmos) a novas potenciais relações no ambiente virtual. Por isso a nomenclatura "rede" social faz sentido. O segundo é que tudo isso deve acontecer no âmbito de uma única plataforma subjacente.

Portanto, uma *rede social* pressupõe um *design* estrutural direcionado para a construção de novas relações virtuais, principalmente pela forma que o perfil do indivíduo é exposto na plataforma e ofertado a outros usuários dela.

A cada nova amizade, outras são ofertadas por similaridades em comportamentos, preferências e gostos entre eles. E esses novos contatos constroem uma cada vez maior teia relacional, muito pelos algoritmos da aplicação, justificando o rótulo aqui dado.

"A compreensão da organização das redes sociais online leva também em consideração as conexões, identifica a atuação dos autores e suas trocas informacionais, bem como o papel desempenhado pela divulgação do conteúdo e como esse influencia na aquisição de links externos, no aumento de visitas à rede social e no posicionamento dos buscadores automatizados e algoritmos que se materializam na interface que representam." (ZENHA, 2018, p. 33).

E, por isso, conquanto o WhatsApp ostente a possibilidade de publicação de *stories* (atualização de *status*) e isso permita o acompanhamento e interação com ele pelo período da exposição, essa é uma característica anômala da referida aplicação de mensageria, não desnaturando sua natureza precípua. O WhatsApp é, tecnicamente, um processo de telemática sobre a telefonia, ou seja, realiza a troca de pacote de dados, que são comunicação em forma de *bits*, tendo como referencial um número telefônico.



A Medida Provisória nº 1.058/2021 e o conceito de rede social

Algumas das características acima vão ao encontro da conceituação trazida na Medida Provisória nº 1.068/2021. Tal diploma alterou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) adicionando-lhe o conceito de rede social no artigo 5º, inciso IX. Vejamos:

"Art. 5. [...] IX – rede social – aplicação de internet cuja principal finalidade seja o compartilhamento e a disseminação, pelos usuários, de opiniões e informações, veiculados por textos ou arquivos de imagens, sonoros ou audiovisuais, em uma única plataforma, por meio de contas conectadas ou acessíveis de forma articulada, permitida a conexão entre usuários, e que seja provida por pessoa jurídica que exerça atividade com fins econômicos e de forma organizada, mediante a oferta de serviços ao público brasileiro com, no mínimo, dez milhões de usuários registrados no País;" (Incluído pela Medida Provisória nº 1.068, de 2021)

Fato é que tal medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional, o que fez cair por terra essa tentativa de se definir rede social. De toda forma, é possível perceber que tal conceito, apesar de aberto, dava a entender que a rede social tem como característica a interlocução em única plataforma. E essa característica também afasta o conceito de redes sociais dos aplicativos de mensageria, já que a regra neles é que as interações se desenvolvam de ponto a ponto, ou seja, são mecanismos que permitem a comunicação de um usuário em face do outro, sem a intermediação de uma única plataforma.

Circunstâncias especiais, qualificadoras e majorantes afetas à internet

Sem conceitos precedentes e precisos, o legislador, quando impelido a tratar sobre condutas ilícitas cibernéticas, acaba usando nomenclaturas inadequadas, expressando-se por termos incongruentes.

Como dito, o desejável é se utilizar de nomenclaturas mais abertas e seguras, como é o caso das expressões *internet* e *aplicações da internet*, o que facilitaria a aplicação concreta das leis. Até mesmo porque alguns desses conceitos foram devidamente disciplinados no próprio Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014):

"Art. 5º — Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

VII – aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet."

E essa lógica conceitual foi seguida em algumas das legislações pátrias. Cita-se, como exemplo, o artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (introduzido pela Lei n. 13.441/2017) e o novel artigo 10-A da Lei de Organizações Criminosas (introduzido pelo pacote anticrime), os quais cuidam de infiltração de agentes "na internet".



Na maioria das vezes, entretanto, o legislador dificultou a inteligência dos dispositivos ao fazer constar expressões dúbias. Por exemplo, pela Lei nº 13.968/2019, o legislador aumentou até o dobro a pena do auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio ou à automutilação (artigo 122, § 4º) quando *"a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real"*. Já no Artigo 122, § 5º, o legislador trata de novo aumento de pena (1/2) *"se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual"*.

O uso de tais expressões obriga-nos a deduzir que, para os termos dessa lei, uma *rede de computadores* pode ser a *internet*, ou seja, *a rede mundial de computadores*, bem como uma *rede privada/restrita de computadores*, uma *intranet*. Mas isso não está expresso. Seguimos por este caminho interpretativo pois ele já havia sido trilhado quando da incriminação do artigo 154-A do Código Penal e, mais recentemente, essa mesma nomenclatura foi repetida na Lei nº 14.155/2021:

"Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita." (Código Penal)

Mas a Lei nº 13.968/2019 não merece só críticas. Acertou o legislador quando deu a entender que aplicações que transmitem conteúdo em tempo real — por exemplo o YouTube — não são necessariamente redes sociais, mostrando um pouco mais de conhecimento sobre o presente debate. Se não fosse assim, não haveria qualquer necessidade do emprego da expressão "ou transmitida em tempo real".

Crimes patrimoniais eletrônicos

A confusão terminológica não se resume a legislações mais antigas. No que tange à Lei nº 14.155/2021, que fez alterações na sistemática de crimes eletrônicos, houve a utilização de nomenclaturas diferentes no contexto do furto qualificado pela fraude eletrônica e no estelionato eletrônico. Vejamos (destaques nossos):

"Art. 155. § 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo." (Código Penal)

"Art. 171. § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo." (Código Penal)

Percebe-se que, ao tentar esclarecer o meio ou a forma de execução dos crimes, o legislador usou expressões que os diferenciam substancialmente. No furto eletrônico apontam para a *rede de computadores*, enquanto no estelionato eletrônico fala-se sobre *redes sociais*, *contatos telefônicos* ou *envio de correio eletrônico fraudulento*.



Por isso, surge a indagação: WhatsApp (que é o meio mais utilizado para as fraudes virtuais) pode ser considerado para fins de incidência de tais modalidades qualificadas? Acreditamos não haver óbices, mas por motivos diferentes.

No que tange ao furto qualificado pela fraude eletrônica, não parece haver qualquer impedimento, pois não houve restrição a tal aplicativo de mensageria pelo uso da expressão redes sociais. Na verdade, o referido delito sequer precisa ser cometido no âmbito da internet. No concernente ao artigo Artigo 171, § 2º-A, do Código Penal, conquanto o WhatsApp não seja uma rede social, nem contato telefônico (salvo quando do emprego de ligações de voz/imagem de ponta-a-ponta) e, muito menos, pode ser considerada sua conversa um "correio eletrônico", como o legislador se utilizou de fórmula de interpretação analógica (por meio da expressão "*por qualquer outro meio fraudulento análogo*"), permitiu-se tal elastério para fins de contemplar outras mídias sociais, inclusive as aplicações de mensageria, nesta modalidade específica de estelionato.

Crimes contra a honra majorados

No *pacote anticrime* (Lei nº 13.964/2019) constata-se mais uma utilização da terminologia *redes sociais*, mas, desta feita, com um pouco mais de técnica. No bojo do artigo 141, § 2º, do Código Penal, previu-se uma majorante triplicando a pena nos crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), quando cometidos ou as ofensas divulgadas em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores.

"Art. 141, § 2º. Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena."

Todavia, a lei trouxe alguns erros notáveis, pois restringiu o alcance da norma incriminadora suso às "*redes sociais da internet*". Por isso, não se deixou aberta a possibilidade para considerar a intranet como palco da infração penal. E, ainda mais grave, aplicativos de mensageira e de difusão de conteúdo, por não serem tecnicamente redes sociais, mas sim mídias sociais (gênero), estão fora do alcance de tal causa de aumento de pena.

Isso ocasiona um problema de desproporcionalidade legal, pois é muito comum que tais crimes contra a honra ocorram pelas aplicações de mensageira, não se restringindo às redes sociais. E da forma que erigiram a redação não estaria permitida a incidência da exasperação da reprimenda quando a difusão de ofensas ocorrer pelo WhatsApp ou pelo Telegram, subsistindo, no entanto, a possibilidade de imposição da majorante de 1/3 do artigo 141, inciso III, do Código Penal.

A natureza jurídica do WhatsApp na visão da jurisprudência pátria

Nota-se que o STF e o STJ parecem cômicos dessas divergências conceituais; contudo são impulsionados para uma interpretação extensiva frente ao que se pode considerar como rede social visando a conferir congruência a um sistema de crimes cibernéticos ainda carente de expressões mais técnicas. É certo permitir essa amplificação, exceto quando da aplicação de normas incriminadoras. Vejamos:



"Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso exige pré via ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas por redes sociais, tais como o Whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal." (STJ — 23/8/2019 — RHC 102.093 / PB)

Assim, quando a interpretação mais alargada do conceito de redes sociais é utilizado para elevar o grau de proteção dos dados de comunicações pessoais (aplicando-se a garantia de reserva de jurisdição), parece razoável fazê-lo; mas se tal extensão hermenêutica ocorre com os fins de maior incidência de normas penais incriminadoras, não se justifica (*in pejus*).

Elementos normativos do tipo

A falta de conceitos técnico-normativos de *rede social*, *rede de computadores*, etc. afasta a configuração de tais tipos penais incriminadores como normas penais em branco. Por isso, torna-se factível a defesa de que tais termos serão elementos valorativos.

Elementos normativos do tipo são utilizados para garantir flexibilidade interpretativa ao magistrado sobre determinadas circunstâncias elementares não conceituadas em lei ou em outros atos normativos.

Ainda que toda essa celeuma surja pela falta de taxatividade, não se deve permitir que a valoração do magistrado frente aos elementos normativos do tipo fuja a padrões conceituais consolidados na literatura especializada.

Alguns elásticos hermenêuticos parecem razoáveis; outros não. Por exemplo, considerar a terminologia "rede de computadores" como gênero de intranet e de internet não parece desarrazoado. Contudo, a nosso ver, interpretar redes sociais como sendo gênero do qual quase todas as aplicações de internet são espécies (inclusive os aplicativos de mensageria), não podemos concordar. Tratar-se-ia de interpretação extensiva *in malam partem*, repugnante quando realizada para a incidência de tipos penais.

Não parece que deva o exegeta do Direito Penal tentar corrigir falhas legislativas realizando ampliações punitivas ao seu alvedrio. Por isso, e sendo mais específico, nos crimes contra a honra ocorridos por intermédio das redes sociais da rede mundial de computadores, não há que se permitir a incidência da majorante de três vezes (Artigo 141, § 2º, do Código Penal) no caso de uso dos aplicativos de mensageria (WhatsApp), circunstância esta que fica restrita à aplicação da majorante de 1/3 do artigo 141, inciso III, do CP.

Afinal, existem outras situações de desproporção legal que foram consolidadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores. É só perceber como se firmou a jurisprudência do STJ quando trata o furto de objetos no interior de veículo, através do rompimento do vidro, e quando o vidro do carro é rompido para a subtração do próprio carro. Aquele é qualificado e este está vinculado à engenharia fundamental do artigo 155 do Código Penal (furto simples). E todos sabem que, frequentemente, o carro é muito mais valioso do que os objetos que ficam em seu interior.



Se o legislador não se importou em conceituar o que é obstáculo (como sendo objeto intrínseco ou externo à própria coisa subtraída), não pode o hermenêuta fazê-lo para evitar desproporcionalidade. Nesse sentido, vide STJ — 17/9/2021 — AgRg no REsp 1.918.935 / DF) [1]. A mesma lógica é o que nos conduz à não incidência da majorante mais gravosa no caso de ofensa perpetrada pelos aplicativos de mensageria.

Assim sendo, é imperioso reformar globalmente as legislações em comento, sacando mão de expressões menos controvertidas (a exemplo de "internet", "rede mundial de computadores", "aplicações da internet", etc.), por serem mais taxativas, evitando-se desproporções desnecessárias no emprego das normas incriminadoras afetas ao mundo digital.

REFERÊNCIAS

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de Lima. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 16, 2022. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 2 set. 2022.

CLEMENTI, Juliana Augusto et al. Mídias sociais e redes sociais: conceitos e características. SUCEG-Seminário de Universidade Corporativa e Escolas de Governo, v. 1, nº 1, p. 455-466, 2017.

COENEN, Tanguy et al. Knowledge sharing over social networking systems: Architecture, usage patterns and their application. In: OTM Confederated International Conferences "On the Move to Meaningful Internet Systems". Springer, Berlin, Heidelberg, 2006. p. 189-198.

ZENHA, Luciana. Redes sociais online: o que são as redes sociais e como se organizam?. Caderno de Educação, nº 49, p. 19-42, 2018.

[1] Quando o rompimento ou a violência recai sobre a própria coisa objeto do furto, a jurisprudência prevalente nesta Corte ainda é no sentido de que não se aplica a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo.

Meta Fields