

SPOTLIGHT

A OPINIÃO PÚBLICA E O PROCESSO JUDICIAL EM TEMPOS DE FAKE NEWS

Iara Rabelo de Souza

Resumo: O presente artigo aborda a relação da opinião pública e do processo judicial em um momento em que há um grande aumento de informações não comprovadas e de origem duvidosa. Busca correlacionar a força da opinião pública em relação aos atores processuais a partir da construção de um contexto interpretativo para a tomada de decisão pelos juízes. Por fim, investiga a relação da notícia com a liberdade de expressão, à luz do tratamento conferido pela legislação brasileira aplicada aos meios de comunicação.

Palavras-chave: *fake news*; opinião pública; processo judicial; direito

Abstract: This article addresses the relationship of public opinion and court proceedings at a time when there is a large increase in unproven and dubious information. It seeks to correlate the strength of public opinion in relation to procedural actors from the construction of an interpretive context for decision making by judges. Finally, it investigates the relationship of the news with freedom of expression, in light of the treatment given by the Brazilian legislation applied to the media.

Keywords: fake news, public opinion; judicial process, law

INTRODUÇÃO

*L'Esprit de l'escalier*¹ é a grande marca do tempo líquido, pós iluminista, no qual os indivíduos são permanentemente massacrados pelo excesso de informação. Nesse momento, no qual não se tem mais tempo de reflexão ou de pensar sobre o pensar, a linha entre o que é verdade ou pós-verdade² se torna tênue. Sob a égide do efeito manada e da modernidade líquida, como previa Zygmunt Bauman, nada é feito para durar.

¹ O espírito da escada, em tradução livre, representa pensar em uma resposta inteligente ou perspicaz para determinada situação quando já é tarde demais para que os argumentos sejam utilizados.

² A pós-verdade foi considerada a palavra do ano de 2016 pelo dicionário Oxford. De acordo com o próprio dicionário britânico, o verbete significa "relativo a ou que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influenciadores na formação da opinião pública do que apelos à emoção ou à crença pessoal". *Oxford Dictionary* (tradução livre)

De acordo com o *Hootsuite* e *We are Social*³, há cerca de 4 bilhões de pessoas conectadas à rede, em uma população mundial de cerca de 7,6 bilhões de seres humanos. Isso corresponde a dizer que 53% do mundo está online enquanto você lê este artigo. De acordo com o IBGE, 70,5% dos lares brasileiros passaram a contar com acesso à internet em 2017, o que significa 49,2 milhões de domicílios conectados em 2018.

As redes sociais são utilizadas por 3,2 bilhões de pessoas, o que corresponde a 42% dos habitantes do planeta. Segundo informações do *We Are Social* e do *Hootsuite*, o Brasil é o terceiro país que mais fica online: são, em média, 9h14 todos os dias, destas, são 3h destinadas às redes sociais. O *Facebook* é a maior rede social em número de visitantes únicos. São 58 milhões, o que representa um alcance de 78% do total de usuários únicos no Brasil. O 2º lugar ficou com os portais de notícias e entretenimento, com 290 horas.

O relatório do *We Are Social* e *Hootsuite* informa que em torno de 1 milhão de pessoas começaram a usar as redes sociais em 2017, o que significa um novo usuário a cada 11 segundos. Em termos de proporção, o número de utilizadores das mídias sociais aumentou 13% ao longo do mesmo período.

A internet foi apontada em pesquisa da Secretaria de Comunicação da Presidência da República⁴, por 42% dos usuários como o meio de comunicação mais utilizado pelo brasileiro. De acordo com os critérios da pesquisa, ela ficaria atrás da televisão (93%) e, por uma pequena diferença, do rádio (46%). Apesar de a televisão ainda ser uma grande influência na forma como consumimos notícias e informações, passamos quase o dobro do tempo na *web*. E, muitas vezes, em modo multitela⁵, o que tem levado ao desenvolvimento de TV e Rádio *Web*.

Mundialmente, há o fenômeno de crescimento dos mensageiros de troca de informações como *Messenger* e *WhatsApp*, ambos de propriedade do *Facebook*. Ambos os aplicativos ainda estão amarrados em termos de números de usuários, mas os dados mais recentes da *SimilarWeb* mostram que o *WhatsApp* tem uma posição geográfica mais forte. O

³*Hootsuite* e *We are social* são plataformas especializadas em monitoramento de comportamento *online*. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

⁴ Pesquisa Brasileira de Mídia - PBM 2015: Levantamento quantitativo domiciliar sobre os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf/view> Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

⁵ Uso de um aparelho ao mesmo tempo como tablete / celular e TV.

WhatsApp é agora o principal aplicativo de mensagens em 128 países em todo o mundo, o *Facebook Messenger* aparece em 72 territórios.

Segundo estatísticas da *Facebook Conference* 2018 sobre o *WhatsApp* o aplicativo é usado para enviar cerca de 65 bilhões de mensagens por dia. Além disso, as pessoas usaram o mensageiro para falar por 2 bilhões de minutos em chamadas de voz ou vídeo.

Cotidianamente, um sujeito interage cerca de 2,7 mil vezes por dia. De acordo com pesquisa realizada pela *Motorola e Ipsos*⁶, que ouviu 1.106 brasileiros, com o objetivo de analisar os hábitos envolvendo o celular e identificar como as relações interpessoais se dão com o uso dos *smartphones*. O estudo ouviu 4.418 pessoas com idades entre 16 e 65 anos em quatro países – Brasil, Estados Unidos, França e Índia. Para a empresa *Statista*⁷, em pesquisa realizada em 2017, o brasileiro era o maior usuário de *smartphone* do mundo, gastando 4h48 minutos por dia no celular.

As plataformas tecnológicas trazem instantaneidade, um espaço de contato e aproximação entre as pessoas e a polifonia⁸ intrínseca à modernidade líquida. Com a instantaneidade das comunicações, o conceito de tempo e espaço para uma informação ou resposta foi transformado. Não há mais um espaço temporal suficiente para a maturação da informação que é recebida ou mesmo para reflexão sobre a mesma. Ante estas circunstâncias, a opinião pública não é mais formada por um rol sólido e confiável de informações, mas moldada pela pós-verdade construída a partir de uma miscelânea de mensagens, muitas vezes com procedência duvidosa.

O que se busca no presente artigo é fomentar uma importante discussão na seara jurídica sobre a influência dessa gama de informações sobre os indivíduos, especialmente sobre os juízes, sem a pretensão de esgotar o assunto ou achar uma solução peremptória, diante da complexidade do tema. Como a modernidade se tornou líquida, as soluções para os

⁶Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/03/20/quase-metade-dos-brasileiros-verificam-seus-celulares-compulsivamente.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 17 de fevereiro 19.

⁷ Disponível em: <https://www.statista.com/chart/9539/smartphone-addiction-tightens-its-global-grip/> Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

⁸ Para Bakhtin (1999, p. 31-38), a polifonia constitui ato comunicativo, no qual há uma interação entre as consciências individuais umas com as outras. A complexidade desse processo se manifesta por meio da forma e do conteúdo desta comunicação, ao possibilitar o surgimento de ideias de conteúdo ideológico, os quais criam discursos distintos que podem ter atritos, complementariedade ou interatividade entre si.

problemas advindos precisam ser constantemente submetidas ao crivo crítico dos operadores da lei em busca de soluções mais pacíficas e que atendam ao melhor interesse da sociedade.

Assim, na interface da comunicação e do direito, o presente artigo busca explorar as perspectivas da opinião pública formada em momento líquido de pós-verdade e as influências advindas deste contexto que sobrepairam sobre o direito processual, em especial à formação dos fundamentos das sentenças e como a interpretação do sujeito não pode ser isolada do contexto em que este está inserido. É de se indagar se o contexto em que o indivíduo está inserido pode influenciar as decisões judiciais. Ou o juiz estaria imune a esta questão por possuir conhecimento técnico da lei? A hipótese adotada é que os meios de comunicação e a opinião pública criam um ambiente propício para que haja influência externa na interpretação das disposições normativas, o que será abordado ao longo do presente artigo.

Quanto ao aspecto metodológico, o presente artigo apresenta caráter exploratório, aprofundando-se nas interações de *fake news*, opinião pública, liberdade de expressão, processo judicial e direito, trazendo à baila a importância de um tema tão caro ao mundo jurídico. Para tanto, os temas são abordados por intermédio da revisão bibliográfica sistematizada de forma dedutiva e dados de painel, os quais proporcionam subsídios necessários para que se aperfeiçoe o debate e a importância da temática suscitada.

1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Os meios de comunicação⁹ têm um papel estratégico e primordial na formação da opinião pública brasileira; em um país de grandes dimensões territoriais os canais e veículos de comunicação trazem uma unicidade nacional, que talvez não fosse possível sem esses fatores aglutinantes para a língua e para a possibilidade de uma identidade nacional.

Através do código comum da linguagem ordinária, eles desempenham também as outras funções, mantendo assim uma relação com a totalidade do mundo da vida. Os núcleos privados do mundo da vida, caracterizados pela intimidade, portanto protegidos da publicidade, estruturam encontros

⁹ Os meios de comunicação são tecnicamente o que o senso comum denomina de mídia. Os meios de comunicação não estão adstritos apenas aos meios de comunicação de massa como o rádio, a televisão e o cinema. Atualmente, englobam as mídias digitais nas quais se encontram ferramentas como *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *WhatsApp*, *Flickr* e *Linkedin*

entre parentes, amigos, conhecidos, etc., e entrelaçam as biografias das pessoas conhecidas. A esfera pública mantém uma relação complementar com essa esfera privada, a partir da qual é recrutado o público titular da esfera pública. (HABBERMAS, 2003. p. 86)

Entende-se que a mídia tem uma estrutura complexa e ramificada da esfera civil, o que provoca uma multiplicidade de arenas parciais de discussão, que permanecem em constante comunicação entre si. Assim, os membros da esfera civil circulam por diferentes esferas comunicacionais absorvendo ou produzindo conteúdo das mais diversas formas e orientações.

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 2003, p. 92)

É sabido que a formação da opinião pública está embasada naquilo que é veiculado na mídia, e nos canais de comunicação que a compõem. As associações que representam grupos de interesses e instituições que defendem causas públicas são formadoras de opinião e exercem influência pública. Estes grupos fazem parte do que Habermas (2003) chama de esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico.

Habermas (2003) observa que a sociedade civil pode, em certas circunstâncias, ter opiniões públicas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar, obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Diante disso, pode-se depreender que os indivíduos sejam impelidos pela mídia e provocados para que tomem uma posição diante do que ela veicula. Levando em consideração que isso depende da ação autônoma dos indivíduos e dos meios de comunicação aos quais estão expostos, além de suas formações subjetivas.

Assim, para Pimenta (2016), cada indivíduo, de posse de seu repertório e subjetividade, toma conhecimento de um fato por meio da mídia e irá discuti-lo com sua família, onde cada membro, também de posse de seu repertório e subjetividade, recebe

informações da mídia e discute o assunto com outras pessoas. Eis a rede de influências discursivas que viabiliza e enriquece a formação da opinião.

Neste sentido, a mídia surgiu como importante mecanismo informacional, no momento em que trabalha para transmitir notícias que considera relevantes ao conhecimento do público. Sendo o principal meio de transmissão de informações, os meios de comunicação acabam por exercer sobre os indivíduos grande poder de domínio, principalmente no que concerne ao senso comum, difundindo, assim, estereótipos, pensamentos e ideologias.

A imprensa, que muitas vezes não tem conhecimento claro da legislação brasileira, opta por emitir opiniões que nem sempre condizem com a realidade, mas soam com caráter sensacionalista ou denunciista o que é mais atrativo para a mídia.

Em nome do “desejo de audiência”, as consequências sociais e econômicas das decisões são desconsideradas (para agradar à audiência, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas e fatos são distorcidos), tragédias acabam transformadas em catástrofes: no processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir. (TEIXEIRA; SILVEIRA, 2011)

Em especial, em relação ao direito penal, crimes e violência, vê-se uma curiosidade aguçada dos indivíduos. Assim, a mídia acaba utilizando-se de notícias sensacionalistas para constituir uma realidade e do mesmo modo influenciar a opinião pública e muitas vezes transmitir valores de grupos dominantes ou de atores interessados no processo para a sociedade civil.

Isto quer dizer que, em busca de maiores índices de audiência, a mídia “enfeita” muitas informações, para, assim, atrair cada vez mais a atenção do público que a acompanha. Desta forma, no momento em que deixa a sociedade perplexa com suas notícias sensacionalistas, propagando a ideologia defendida pelas classes dominantes, o âmbito midiático influencia a sociedade, a fim de exigir do Poder Público medidas cada vez mais céleres e coercitivas para punir aqueles que cometem crimes, acreditando ser esta a melhor alternativa para solucionar a problemática da violência. (CAMARGO, p.2)

Assim, além de informar, os meios de comunicação constroem uma realidade secundária e aparente por meio das informações disseminadas, criando uma sistemática de julgamento e interpretação popular do que são os fatos e de como deve ser interpretado o direito. Essa ótica coaduna com o que Mario Vargas Llosa examina como a civilização do espetáculo, baseado nos conceitos de a “A sociedade do espetáculo”, de Guy Debord (1967).

Todavia Vargas Llosa preconiza um futuro caótico em contraposição à possibilidade de uma ação revolucionária para subverter a ordem do consumo em detrimento do humano como acreditava Debord.

Na mesma toada, Pinker (2018) acredita que a humanidade mesmo imersa em um mundo onde as antigas aldeias, tão pequenas, se tornaram globais, pode se reinventar pois tem ferramentas para recriar a realidade na qual está imersa.

2 FAKE NEWS E PÓS-VERDADE EM TEMPOS LÍQUIDOS

De acordo com a Revista Science¹⁰, as *fake news*, que podem estar na saúde, na política, na economia, na violência social, se espalham mais rápido e atingem mais pessoas que as notícias verdadeiras. De acordo com pesquisa realizada pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), o principal disseminador das *fake news* são os usuários que fazem circular em velocidade surpreendente, por meio das redes sociais, notícias que leu e não verificou a origem, que leu e não checkou, que não leu, e ainda assim, curtiu e compartilhou. A pesquisa ainda aponta que as *fake news* atingem muito mais pessoas que uma postagem verídica, cerca de mil pessoas; já as notícias falsas chegam a 100 mil usuários em uma velocidade três vezes maior, o que confere a esta categoria um crescimento exponencial.

Para Lazer *et al* (2018), o surgimento de notícias falsas destaca a erosão de baluartes institucionais contra a desinformação na era da internet. Para os autores, a preocupação com o problema é global. No entanto, muito permanece desconhecido sobre as vulnerabilidades de indivíduos, instituições e sociedade às manipulações de agentes mal-intencionados. Lazer *et al* (2018), ainda destacam que um novo sistema de salvaguardas é necessário para o controle das *fake news*.

Assim, podemos compreender que as *fake news* constroem um lugar de interferência no discurso denominado pós-verdade.

De acordo com Albert Mohler (2005), a Era da Pós-Verdade é a idade da desonestidade. Para o autor, esta constatação é inspirada no livro de Ralph Keys: “*The Post*

¹⁰ LAZER, David M. J. *et al*. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

Thuth Era: Dishonesty and Deception in Comtemporary Life". Mohler, acredita que a ordem do dia é a mentira institucionalizada virtualmente em vários níveis da cultura, o que é reiterado pelo autor Jeremy Campbell em "*The Liars Tale*"¹¹.

Para Keys, o ser humano mentiu no passado, mas o momento atual representa uma era sem precedentes. Para o autor, mesmo que sempre tenha havido mentirosos, as mentiras costumavam ser ditas com hesitação, um pouco de ansiedade, um pouco de culpa, um pouco de vergonha, pelo menos alguma timidez. Agora, as pessoas espertas, criaram argumentos para adulterar a verdade para que possam se dissociar da culpa. É como se houvesse um ambiente propício e legitimador para o comportamento dissimulado, ao mesmo tempo em que há uma flexibilização dos freios morais, o que permite aos seres humanos abordarem condutas alternativas à moralidade.

Keys traz uma importante abordagem sobre o que o teórico chama de *euphemasia*¹², em que há adoção de posicionamentos de linguagem como: isso não é totalmente verdade, ao invés de isso é mentira; assim, há a criação de termos como "verdade poética", "verdade sutil", "realidade alternativa" ou "distorções estratégicas"? No momento de exacerbação tecnológica, impulsionado por uma dimensão digitalizada da mentira, há a criação de um conceito determinado como "Verdade virtual".

3 A FORMAÇÃO DE UM CONTEXTO INTERPRETATIVO PARA TOMADA DE DECISÃO E COMPREENSÃO DA REALIDADE

Tem sido muito explorado o estudo sobre a influência da mídia no conselho de sentença do júri e no direito penal. Mas como, poderíamos analisar também a influência desses meios para a fundamentação ou mesmo a formação do convencimento dos julgadores nos julgamentos de matéria cível e constitucional?

O Código de Processo Civil de 2015 lançou luzes sobre a necessidade e importância da fundamentação das decisões judiciais (art. 489 do CPC), exigência constitucional prevista no art. 93, IX, da CF/1988. Assim, as decisões devem apresentar de forma fundamentada os motivos que levaram o juízo a chegar a determinado veredicto.

¹¹ O Conto Mentiroso (em tradução livre)

¹² De acordo com Keys, é uma nova síndrome cultural marcada pelo uso de eufemismos na afirmação do discurso de atenuar as mentiras como verdades parciais.

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos tribunais (Gerichtsbarkeit) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem “lacunas no Direito”. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados. (LUHMANN, 1990, p. 163)

Luhman (1990), entendia que não havia uma separação entre a função interpretativa e a função judicativa. A ausência da cisão entre os sistemas possibilita ao sistema jurídico alcançar diversas decisões sobre variados fatos ao longo do tempo.

Todavia é importante ressaltar que a forma como a informação é apresentada pode influenciar no processo decisório, o qual não pode ser desvinculado do interpretativo.

A disposição e organização da informação é salutar para a tomada de decisão.

Quanto maior a base de informação, mais racional é o processo. Quanto maior a proporção de opiniões e sentimentos, mais intuitivo se torna. A racionalidade e a intuição são atributos humanos complementares e não concorrentes. (MAXIMIANO, 2009, p.71)

Para Maximiano (2009) decisões são tomadas para resolver problemas ou aproveitar oportunidades. E iniciam-se a partir da frustração, interesse, desafio, curiosidade ou irritação, ou seja, de uma condição ou fato que exige algum tipo de ação. Robbins (2010) entende que o processo de tomada de decisão é uma atividade passível de equívocos, pois é diretamente ligada às características pessoais e percepção do tomador de decisões. A tomada de decisão e a resolução de problemas seguem a dois modelos: racional e comportamental.

O modelo racional supõe que os tomadores de decisões tenham informações perfeitas e que sejam capazes de avaliar sistematicamente e logicamente cada alternativa e no final tomar uma decisão totalmente imparcial sobre o que será melhor para a organização. O que nem sempre é possível, pois fatores como emoções, preferências individuais e política da empresa acabam por interferir nesse processo.

De acordo com Herbert Simon (2008), o que é importante na tomada de decisão é o que se entende por limite da racionalidade. Para o autor, a partir do ponto de vista econômico demonstra-se que as decisões tomadas são diferentes das escolhas que seriam economicamente ideais. Assim, para Simon (2008), por inúmeras razões os seres humanos tentam agrupar suas escolhas de uma forma utilitária. O autor ressalta que há uma

difficuldade de previsão do comportamento humano na montagem de modelos abstratos decisórios, pois não há como se saber exatamente sobre a grande quantidade de informação que está no consciente e inconsciente das pessoas e como esses contextos se tornam conteúdo capaz de influenciar ou contextualizar o processo decisório.

Ponto importante para alcançar a segurança jurídica é entender a partir de que premissas os juízes decidem. Nessa questão, Posner (1993)¹³, por meio da economia comportamental e da análise econômica do direito, criou um método sistemático sobre os fatores que influenciam as decisões dos juízes americanos. O método de Posner (1995) foi construído sob a ótica de uma visão pragmatista¹⁴ a partir da qual pode-se evitar as interpretações dissonantes da proposição da norma¹⁵.

As teorias de Posner partem da valoração do Direito em substituição a referência a conceitos morais ou valores ético-jurídico por uma racionalidade econômica em sentido estrito, a partir da qual os juízes podem eleger a decisão mais adequada com base em um critério mensurável e objetivo. “Posner sustenta, guiado pelo princípio econômico da maximização da riqueza, que o intérprete e aplicador do Direito, em especial nos casos difíceis, deve pautar o seu raciocínio pela análise do fato econômico e dos interesses em jogo, relação custo-benefício, enfim, pela eficiência racional”.¹⁶

Assim, pode-se inferir que todos os sistemas¹⁷ que se vinculam às ciências da compreensão, inclusive o jurídico, seriam abertos. O sistema transaciona matéria ou

¹³ POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does) Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper nº. 15, 1993.

¹⁴ O pragmatismo jurídico endossado por Posner pode até ajudar os juízes a reconhecer e rejeitar as interpretações jurídicas que são praticamente inviáveis, ou que provocariam inevitavelmente consequências práticas incompatíveis com o que foi planejado pelo legislador. In: ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. (Dissertação de Mestrado) 287 p. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

¹⁵ A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. In: Kelsen, Hans. Op.cit., p. 251

¹⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann:** breves considerações críticas. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso p. 334

¹⁷ Tradicionalmente, a palavra sistema é empregada como um conjunto em que os elementos integrantes se ordenam por princípios ou se codificam. Descobrir quais são os seus elementos, a estrutura, os princípios que os ordenam, suas funções e comportamento provoca o nascimento de uma série diversificada de teorias. DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op.cit., p. 334

informação com seu meio ambiente, seja através daquilo que entra, o *input*, seja por meio de seu produto, o *output*. Assim, Derzi e Bustamente¹⁸, assinalam que, mesmo nos modelos de sistemas chamados “fechados”, de Hans Kelsen, Max Weber ou Niklas Luhmann, existe um fluxo contínuo de inserção de informações que se dá por meio dos elementos normativos (leis, jurisprudências, súmulas), no caso deste estudo dos precedentes, que entram para o sistema jurídico (*input*) e dele saem como produtos e decisões para o ambiente (*output*).

Nesta mesma toada, Alexy¹⁹ trata de desenvolver uma sistemática para a análise da argumentação jurídica. Em observância a Karl Larenz, Alexy parte da ideia de que não se pode afirmar que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas, no que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Assim, para Alexy, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, demonstraria um enunciado normativo único, não se seguindo logicamente das normas jurídicas que se supõem vigentes.

De acordo com Alexy²⁰ existiram quatro motivos mínimos para esta condição: a) a imprecisão da linguagem do Direito, b) a possibilidade de conflitos entre as normas, c) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, d) a possibilidade em casos especiais de uma decisão que contraria a literalidade da norma.

Por sua vez, Larenz²¹ entende que existem cinco critérios: o sentido literal, o significado da lei segundo um contexto, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivo-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a constituição. Para o autor, a imprecisão é uma grande dificuldade a ser enfrentada, pois uma regra interpretada de modo que cumpra seu objetivo pode levar a resultados contrários se dois intérpretes têm concepções diferentes sobre o objetivo da norma em questão.

¹⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op.cit., p. 334

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19

²⁰ ALEXY, Robert. Op.cit. p. 19-20.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Assim, para Alexy²², poderia-se abdicar de um sistema de regras de fundamentação, e estabelecer um sistema de enunciados, dos quais seja possível deduzir as premissas normativas que faltam e que são necessárias para a fundamentação.

Na mesma esteira, Alexy²³ enfrenta a questão da valoração a partir da qual ele propõe que a ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de valorações, entendimento esse corroborado por Larenz. Diante desta questão, Alexy propõe que é importante responder as seguintes questões: em que medida são necessárias valorações, como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como ‘especificamente jurídicos’ e se tais valorações são passíveis de fundamentação racional.

Para o autor, a proposta de valoração da decisão poderia ser organizada em três classes distintas: a) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; b) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluindo decisões anteriores) e c) recorrer a princípios suprapositivos.

Nessa perspectiva, podemos trabalhar o conceito de Análise do Discurso. Segundo Eni Orlandi (2003), a análise do discurso não estaciona na interpretação que ela considera como atos do domínio simbólico, pois eles intervêm no real do sentido.

A Análise do Discurso não estaciona na interpretação, trabalha seus limites, seus mecanismos, como parte dos processos de significação. Também não procura um sentido verdadeiro através de uma ‘chave’ de interpretação. Não há esta chave, há métodos, há construção de um dispositivo teórico. Não há uma verdade oculta atrás do texto. Há gestos de interpretação que o constituem e que o analista, com seu dispositivo, deve ser capaz de compreender. (ORLANDI, p. 26)

Para Orlandi (2003), a compreensão está para além da interpretação, pois ela explora como, em um determinado contexto, se dão os processos interpretativos. Para a autora, a compreensão procura a explicitação dos processos de significação presentes no texto e permite que se possam ‘escutar’ outros sentidos que ali estão, compreendendo como eles se constituem.

Assim, para uma interpretação do discurso e a construção de dispositivo interpretativo pelo analista do discurso tem-se que analisar as condições de produção de um

²² ALEXY, Robert. Op.cit., p. 21.

²³ ALEXY, Robert. Op.cit.,.

discurso e como elas compreendem gradualmente os sujeitos e a situação na qual estão inseridos. Orlandi considera que existem as condições de produção em sentido estrito e as circunstâncias da enunciação, que é o contexto imediato. Por sua vez, se forem consideradas em sentido amplo, as condições de produção do discurso incluem o contexto sócio-histórico, ideológico.

Outro ponto relevante é como as informações de memória interagem no discurso, para Orlandi (2003), este é o saber discursivo que torna possível todo dizer e que retorna sob a forma do pré-constituído, o já dito que está na base do dizível, sustentando cada tomada da palavra. Assim, há a constituição de um interdiscurso que afeta o modo como o sujeito significa em uma situação discursiva dada.

As condições de produção, que constituem os discursos, funcionam de acordo com certos fatores. Um deles é o que chamamos de relação de sentidos. Segundo essa noção, não há discurso que não se relacione com outros. Em outras palavras, os sentidos resultam de relações: um discurso aponta para o outro que se sustenta e assim para dizeres futuros. (ORLANDI, 2003, p. 39)

Na perspectiva da hermenêutica jurídica, o papel do intérprete para Maximiliano, segundo Miozzo (2016), reconhece o componente pessoal inarredável do intérprete, que impede que este seja reduzido a um autômato. Maximiliano também pontua que a Hermenêutica pode ser considerada o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem.

De acordo com Miozzo (2016), é importante ressaltar o “problema” da subjetividade e a questão da linguisticidade da interpretação, os quais seriam temas importantes à hermenêutica filosófica e jurídica.

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria- prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador

esclarecido entre o direito individual e o social (MAXIMILIANO, 1961, p. 83 apud MIOZZO, 2016, p. 379).

Na experiência da hermenêutica de Gadamer ele demonstrou a natureza da compreensão humana, e que a linguagem passa a ser vista, após a virada linguística, como meio para a compreensão do indivíduo no mundo. Assim, a linguagem passa a ser observada como processo de aprendizagem intersubjetivo. Para o autor, há uma grande importância do sujeito estar imerso em um contexto histórico-linguístico, condição que molda e possibilita um conjunto de sentidos.

Aquele que quer compreender, fazer uma interpretação correta, adotar um comportamento reflexivo diante da tradição, tem de proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (GADAMER, 2005).

Gadamer (2005) acredita que a real compreensão não é aquela que se encontra nas opiniões prévias, e que o sujeito não pode se entregar a ela. Deve considerar as informações anteriormente existentes, mas precisa trabalhar com um constante interpretar até que ao longo do processo interpretativo de comunicação possa ter a formação de novos conceitos que o auxiliem no processo interpretativo. Dessa forma, é possível confrontar o que se deve extrair do texto com as opiniões prévias pessoais do intérprete. Partindo desse pressuposto, passa-se a compreender sobre como os juízes decidem de uma outra perspectiva.

Assim, pode-se perceber que o contexto em que o sujeito está inserido afeta a formação de sua percepção da informação. Nessa ótica, ressalta-se que em um momento histórico específico e diante de informações determinadas a forma de pensar dos sujeitos sofre interferência.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PONDERAÇÃO DE DIREITOS

A liberdade de expressão é assegurada pela Constituição Brasileira em seu artigo 5º²⁴, o qual trata do direito de qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento,

²⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e sem censura. A liberdade de expressão é um direito reconhecidamente inalienável, irrenunciável, intransmissível e irrevogável e essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana além de condição fundamental de uma sociedade democrática.

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial. (SILVA, 2000, p. 247)

A liberdade de expressão não pode ser exercida como direito por meio do anonimato e nem este deve ser usado de forma imprudente. Principalmente valendo-se dos meios digitais de comunicação para garantir o anonimato, a boataria, a indústria das *fake news* e o efeito manada. É necessário que mais do que expressar a opinião, haja uma garantia de que esse exercício não lese o direito de outrem. Ademais, o exercício inconsequente da liberdade de expressão tende a afetar a livre consciência, pois essa é formada com base em informações falsas, distorcidas ou meias verdades.

Para Torres (2013), no que tange à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível para que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso.

Destarte, na ordem jurídica atual, a liberdade de expressão pode ser compreendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação,

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. Desta forma, a liberdade de expressão cria o escopo necessário para que se tenha a formação de cidadãos e que seja permitido o desenvolvimento democrático do Estado, o qual é fomentado por uma opinião pública construída por meio de informações de qualidade e que atue no sentido de construir sistemas políticos e jurídicos adequados ao meio em que vivem.

Assim os direitos fundamentais – como princípios – podem ser entendidos como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição (BARROSO, 2008, p. 352).

Nesta toada, pode-se identificar que a liberdade de expressão tem em seu arcabouço o direito de informar e ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa entre outros. Baseando-se nessa perspectiva, a liberdade de expressão deve ser operacionalizada de maneira ampla, todavia, deve-se observar sua limitação quando não propiciar à sociedade a finalidade para a qual foi destinada constitucionalmente.

Como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios enquanto normas “desenvolvidas”, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito. (ALEXY, p. 109)

Para o teórico Alexy, os direitos fundamentais estariam inseridos na categoria de princípios, o que possibilita que haja colisão entre este e os outros, o que necessitaria de uma solução ponderada entre os mesmos. Porém, para que haja um sopesamento dos mesmos, deveria-se partir de um isolamento puro do conceito de princípios, o que não é de todo possível, se houver uma não verídica na formação da opinião pública. Quando se é conduzido a uma conduta equivocada, estaria a liberdade de expressão contaminada em algum sentido.

5 OPINIÃO PÚBLICA, *FAKE NEWS* E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Na era do fluxo massivo e instantâneo de informações, pessoas se posicionam e são capazes de condenar alguém sem ao menos conhecer os elementos probatórios ou, muito menos, ter uma sentença condenatória transitada em julgado. Os meios de comunicação ganham, assim, um novo espaço no âmbito jurídico, como um controlador externo do Judiciário, aquilo que Taruffo chamou de função extraprocessual.²⁵

Com o advento dessas novas tecnologias, as notícias se propagam pelas redes sociais, *sites* de notícias, rádios e televisão de forma acelerada, muitas vezes não permitindo ao cidadão apurar a veracidade dos fatos noticiados, gerando bolhas de informações.

Diante desta realidade, o Poder Judiciário vê-se perante situações singulares, sendo muitas vezes alvo de comentários e críticas diretas a seus posicionamentos, refletindo insatisfação e encorajamento por parte da sociedade, que formam sua opinião sobre o que seja a verdade de um fato por meio do que é noticiado.

Para que a sociedade não se deixe dominar, segundo Pierre Bourdieu²⁶, diante do poder simbólico atribuído à mídia, seria de grande valia a introdução do estudo do direito nas escolas, por meio de aulas como Direito Constitucional, Introdução ao Estudo do Direito e Direito do Consumidor, por exemplo, permitindo que os cidadãos tenham certa base jurídica, sua linguagem e símbolos.

Trata-se de verdadeira política pública a ser implementada com o fim de informar à sociedade sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, sobre o direito de não ser condenado sem provas robustas, minimizando, assim, a própria pressão popular sobre o Poder Judiciário, diante de casos com grande repercussão social.

A teoria dos líderes de opinião pode ser muito útil no particular. Pois, esta, consiste em associar os processos comunicativos de massa às características do contexto social em que estes se realizam, é possível distinguir duas correntes: a primeira diz respeito ao estudo da composição diferenciada dos públicos e dos seus modelos de consumo da

²⁵TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 22-23.

²⁶BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

comunicação de massa. A segunda, e mais significativa, compreende as pesquisas sobre a mediação social que caracteriza esse consumo.

A partir desta teoria com uma aplicação prática, temos a necessidade de mapeamento dos principais atores-chave. Pois, entende-se que os líderes de opinião, com conceito baseado no modelo de *two-step-flow*, podem ser encontrados em diferentes meios de comunicação e grupos de atuação, espalhados pelo tecido social e atuando diretamente na transmissão do discurso e na formação da opinião pública. Para Katz (1956)²⁷, foi observado que os canais mediáticos eram mais eficientes para criar consciência sobre determinado assunto (efeito de agendamento) e que os canais interpessoais eram mais eficientes para mudanças de atitudes (efeito de influência).

Assim, o uso dos formadores de opinião como agentes de transformação atrelado às instituições que podem fornecer informações qualificadas é um processo essencial para a educação da sociedade. Em uma via de mão dupla, esse modelo de comunicação tanto fornece informação aos líderes de opinião, retransmissores de mensagens e informações, como também propicia que estes abasteçam as instituições com informações colhidas em suas áreas de influência. Com esta sistemática os formadores de opinião deixam de ser meros receptores para serem parceiros no processo de comunicação da instituição e disseminadores de informação qualificada na sociedade.

Para tanto, é necessário que as instituições jurídicas tenham estratégias de sensibilização da sociedade e dos atores processuais. Assim, para uma possível solução da questão é necessário que o público-alvo, no caso a sociedade e os atores processuais, seja sensibilizado sobre a relação dos fatos com a notícia e da fundamentação jurídica para tomada de decisões, além da legislação vigente.

É necessário também que seja combatido o discurso de compartilhamento de *fake news*, uma maior educação cidadã acerca do sistema jurídico e da legislação vigente no País. Orientação da sociedade para a verificação da origem das informações e da fundamentação dos fatos veiculados. Educação acerca de institutos como o contraditório, a ampla defesa e as garantias constitucionais, para que se evite um clamor popular que possa influenciar os ritos processuais.

²⁷ KATZ, E. "The Two-step flow of communication; Interpersonal Relations and the Mass Communications: studies in the flow of influence" 1956.

Outro ponto relevante é uma política de *media training* para os atores processuais e de contingenciamento para a relevância dos fatos em detrimento do que é veiculado pela imprensa. Assim, além de uma atitude propositiva do Poder Judiciário é necessário um treinamento dos veículos de comunicação para que os legitimados para veicular a informação estejam aptos a deixar a informação pertinente aos fatos e a legislação vigente.

Em tempos de *fake news* e pós-verdade, há a necessidade de se reforçar os canais de comunicação; ainda na visão de Habermas, precisamos romper com a “ingenuidade de pretensões de validade erguidas diretamente e de cujo reconhecimento intersubjetivo depende a prática comunicativa do cotidiano”.²⁸ Não se pode esperar que os meios de comunicação criem soluções processuais geradas em incertezas e que a sociedade dê validade sem conhecer as ingerências advindas do agir comunicativo empregado no direito, por meio de sua linguagem e simbologias que as diferencia de todos os sistemas fechados.

Portanto, diante dos exemplos demonstrados e da forma como se comporta a sociedade perante casos paradigmáticos que fogem ao senso comum, uma sociedade formada por cidadãos com um mínimo de compreensão do seu sistema jurídico inibe as a força acachapante da opinião pública, obrigando os veículos de comunicação a uma linha editorial mais comprometida com a verdade.

Vale ressaltar, que muitas vezes para criar programas de TV ou manchetes mais atrativas, há um afastamento da lei brasileira e uma criação de uma realidade adaptada ao programa televisivo. É o que acontece em muitas novelas brasileiras que adaptam seus enredos, muitas vezes parecendo com os folhetins americanos. Não há uma preocupação clara com o direito de defesa previsto no processo penal (contraditório e a ampla defesa) e os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Pois os ritos processuais podem parecer desinteressantes sob a ótica televisiva, são por sua vez lentos, o que não contribui para o ritmo necessário à espetacularização do processo penal.

A imprensa, que muitas vezes não tem conhecimento claro da legislação brasileira, opta por emitir opiniões que nem sempre condizem com a realidade, mas soam com caráter sensacionalista ou denunciista o que é mais atrativo para a mídia.

²⁸HABERMAS, Jünger. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.p. 156

Em nome do “desejo de audiência”, as consequências sociais e econômicas das decisões são desconsideradas (para agradar à audiência, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas e fatos são distorcidos), tragédias acabam transformadas em catástrofes: no processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir. (TEIXEIRA; SILVEIRA, 2011)

Nessa toada, o que a imprensa veicula passa a ter caráter de verdade e influencia o comportamento dos sujeitos, principalmente criando contextos interpretativos. Ante essa perspectiva, a imprensa muitas vezes atropela de forma dolosa a jurisdição ditando sua própria realidade e desconsiderando a natureza das normas e suas aplicações.

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICADA AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E AS *FAKE NEWS*

A legislação brasileira não tem previsão específica para a punição das *fake news*, nem tão pouco há possibilidade de que haja uma métrica para saber seus reais impactos nas atividades processuais. Ao se esbarrar nesse vácuo legislativo, há um questionamento acerca da proibição das *fake news* ou se esta poderia ser uma tendência a cercear a liberdade de opinião.

A Lei de Imprensa, lei 5.520/67, foi revogada pela ADPF nº 130, O Ministro Ayres Brito relator da ADPF, entendeu que a lei caracteriza a liberdade de imprensa como um “sobredireito”, apontando para uma não imposição de limites ao exercício da imprensa e admitindo somente restrições às consequências do exercício.

Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana (ADPF no 130, Rel. Min. Ayres Brito, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009)

Para o Ministro, liberdade de imprensa não precisaria sofrer limitações prévias abstratas, passíveis de configurar censura. Seria suficiente que o abuso do direito fosse reprimido posteriormente. De acordo com Tôrres (2013), essa delimitação interpretativa posterior de um direito fundamental não se dá apenas como um problema metódico de subsunção lógica, ela reflete uma questão política indicadora de relações sociais de domínio

e de sujeição. Nessa ADPF, o arguente, após destacar a incompatibilidade de alguns artigos específicos da Lei no 5.520/67, apontou para a necessidade da sua total não recepção, dado seu espírito inconstitucional.

Na mesma toada, no julgamento da Reclamação 22328/RJ, o Ministro Barroso entendeu que a ADPF 130 proibiu enfaticamente a censura das publicações jornalísticas.

No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. A retirada de matéria de circulação configura censura em qualquer hipótese, o que se admite apenas em situações extremas. Assim, em regra, a colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade deve ser resolvida pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil. Diante disso, se uma decisão judicial determina que se retire do *site* de uma revista determinada matéria jornalística, esta decisão viola a orientação do STF, cabendo reclamação. STF. 1ª Turma. Rcl 22328/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 6/3/2018 (Info 893). Em paralelo, o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14 é a lei que regula o uso da internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

O art. 3º da lei disciplina do uso da internet no Brasil entre outros, garante os princípios da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; a proteção da privacidade; a proteção dos dados pessoais, na forma da lei; a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; a preservação da natureza participativa da rede;

No art. 7º da Lei de Imprensa, há a previsão de que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Já no art. 8º está positivada a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações, condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Na mesma esteira, o art. 10, traz que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata a referida lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente

envolvidas. Em seu § 1º o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV desse Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. Dita o § 2º que o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

A "Lei Carolina Dieckmann"²⁹: sancionada em dezembro de 2012, serviu como base jurídica para punir quem divulga informações pessoais sem consentimento. Já os crimes de calúnia, injúria, difamação e ameaça, encontram amparo no Código Penal; por mais que estas condutas estejam tipificadas no Código Penal vigente, nos artigos 138, 139, 140 e 147, há clara dificuldade do cessamento da conduta, pois não há um controle de como foi espalhada a informação ou se esta ainda continua na rede. Ao se compartilhar conteúdo na internet, há perda do controle da informação e esta passa a estar disponível para um número muito grande de pessoas. Assim, a propagação de notícias e conteúdos pela internet se dá quase instantaneamente e sem controle.

Em que pese o direito à liberdade de expressão e opinião, estabelecido pelo artigo XIX, da Declaração dos Direitos Humanos, é importante que se tenha consciência do que se expressa ou opina, principalmente quando será publicado na internet, ainda mais se a opinião ou expressão for criminosa. Pois, deve ser defeso toda e qualquer prática de crime pela internet, limitando, de certa maneira, a liberdade de expressão. Isso decorre do fato de que os indivíduos possuem o direito a expor seu pensamento, mas se o fizerem de maneira preconceituosa ou se debatendo com as leis, estes devem assumir os resultados de seus atos.

Paralelo a isso, o *WhatsApp*, um dos maiores circuladores de mensagens no mundo, limitou, em 21 de janeiro de 2019, o encaminhamento de mensagens para apenas

²⁹ **2) Art. 154-A** - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. **Art. 266** - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

2) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

cinco usuários³⁰. A nova regra estabelece que para cada grupo, que pode ter até 256 membros, uma mensagem possa ser redirecionada para 1.280 usuários de uma vez, contra

5.120 como vigorava anteriormente. O mensageiro visa, dessa forma, restringir a difusão de notícias falsas pela plataforma.

Na ocorrência de publicações homofóbicas, xenofóbicas, de discriminação racial, apologia ao nazismo e pornografia infantil é possível realizar uma denúncia anônima e acompanhar o andamento da investigação pelo *site* do *Safernet* (<http://new.safernet.org.br/denuncie>). O *Safernet* é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, com foco na promoção dos Direitos Humanos e têm parceria com a Polícia Federal, o Ministério Público Federal (MPF) e a Procuradoria-Geral Federal, além de empresas como o *Google*, *Facebook* e o *Twitter*.

Nessa toada, seria mais pertinente uma educação do usuário para um cotejamento da informação recebida e uma curadoria do seu conteúdo? Estariam os julgadores e outros atores processuais imunes à opinião pública e às *fake news*?

CONCLUSÃO

Enquanto houver a necessidade de concepção do homem médio como parâmetro para a fundamentação de várias sentenças sejam elas de matéria cível, constitucional ou penal, há que se falar na influência dos meios de comunicação e da pós-verdade na formação desse comportamento do homem médio, tanto no que concerne à tomada de decisão do mesmo, como à fundamentação das decisões dos juízes. Importante visualizar como as informações disponíveis nos meios de comunicação, as quais criam uma pós-verdade, são relevantes para a formação das convicções prévias do julgador, como afirma Gadamer, as quais são consideradas na construção de uma fundamentação para a tomada de decisão.

Outro ponto relevante é separar a formação das ideias prévias a partir de informações confiáveis, pressupostamente verdadeiras do ponto de vista técnico e científico e a formação de ideias prévias a partir de *fake news*, informações tendenciosas ou pós-

³⁰Para combater fake news, WhatsApp limita reenvios a cinco contatos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/para-combater-fake-news-whatsapp-limita-reenvios-cinco-contatos-23388442>. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

verdade. Aqui não considerando a fluidez da permanência das ideias prévias e as mudanças aceleradas na identidade do indivíduo, que passam a ser cambiantes em tempos líquidos.

Neste diapasão, cabe ressaltar que decisões, principalmente de natureza cível, tributária e constitucional, as quais afetam a vida de milhares de pessoas, costumam ter debates anteriores ao julgamento. Como exemplo, temos o caso da permissão de aborto para os fetos anencefalos, células tronco, demarcação de terras indígenas, casamento homoafetivo e a imunidade tributária para o livro digital ou mesmo o recente acordo referente aos planos econômicos e os poupadores.

Em uma via de mão dupla, os meios de comunicação tanto fornecem informação aos líderes de opinião, retransmissores de mensagens e informações, como também propiciam que estes abasteçam as instituições com informações colhidas em suas áreas de influência. Com esta sistemática os formadores de opinião deixam de ser meros receptores para serem influenciadores na formação de opinião, as quais contribuem para a consolidação de ideias prévias do sujeito e por sua vez, tendem a influenciar a percepção social sobre determinadas decisões jurídicas.

Por vezes, os meios de comunicação de massa usurpam do Poder Judiciário funções a ele inerentes de acordo com a Constituição de 1988. Desta forma, pode-se compreender que a mídia é uma importante ferramenta para que os cidadãos possam influenciar o sistema político ou atores decisores, por meio da opinião pública. É fato incontestável que a mídia se apresenta como poderoso instrumento de influência para a formação e orientação da sociedade civil. Resta avaliar, sempre, como e com que finalidade esse instrumento é usado.

Ao longo do texto, podem-se identificar alguns casos em que houve atuação da opinião pública, por meio dos meios de comunicação, na criação de um contexto decisório. Aqui reforça-se a tese de Costa (2016) de que nem todo achado comportamental exige mudança na lei para ser eliminado ou mitigado. Para o autor, simplesmente não se consegue combater alguns vieses cognitivos por meio de medidas legais. Para o combate à influência das *fake news* no processo judicial é necessário entre outras medidas: a) legislação de controle para as *fake news* ou notícias de alarde à população; b) preparação da população para a não propagação de notícias sem verificação da fonte; c) uma maior preparação dos decisores acerca da formação da opinião pública e seu escopo de influência; d) incluir uma formação sobre lógica e linguística nos cursos de direito; e) aplicação de mecanismos

processuais para a busca pela imparcialidade; f) reconhecimento por parte do julgador das forças e atores atuantes no processo por meio de exercício próprio de busca da imparcialidade ou mesmo reconhecimento das forças externas como base para fundamentação.

A busca por uma imparcialidade estaria relacionada ao fato de, em si, a natureza da decisão não ser imparcial. Assim, seria necessário um automonitoramento contínuo para se estabelecer os limites de influências externas na aplicação e interpretação da norma. Para que houvesse uma possibilidade de diminuir a parcialidade dos atores externos, meios de comunicação e *fake news*, deveria ser levado em consideração um modelo próprio de busca imparcial de aplicação da norma, o qual, por sua vez, necessitaria ser submetido ao caso concreto.

Por fim, é importante reconhecer que todos os sujeitos estão imersos em um caldo cultural formado pelo embate de forças comunicacionais e atores processuais, os quais tanto influenciam na construção da norma, como na aplicação da mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. (Dissertação de Mestrado) 287 p. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BAKHTIN, Mikhail Volochinov. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira; com a colaboração de Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BONFIM, Vinícius Silva. Gadamer e a experiência hermenêutica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. **A opinião pública não existe**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1464421/mod_resource/content/1/A_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_N%C3%A3o_Existe_%28Pierre_Bourdieu%29.pdf.

Acesso em:

CAMARGO, et al. **A mediação no Direito Penal**: uma conjuntura pragmática sensacionalista. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Mídia e Direitos da Sociedade em Rede. Disponível

em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/1.pdf> Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

COSTA, Eduardo da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6986/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso.

DUARTE, Pedro Russi.; NETO, Lauro Maranhão Aires. **Re-significação dos Líderes de Opinião pelo ambiente mediático**: uma abordagem teórica no campo da comunicação. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-0732-1.pdf> Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

FRANCO, Maria Eugênia Santana. **Os meios de comunicação em massa e o sistema jurídico**: a mídia como um instrumento de controle social. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_meios_de_comunicacao_em_massa_e_o_sistema_juridico_a_midia_como_um_instrumento_de_controle_social.pdf. Acesso em: 04 de março de 2018.

HABERMAS, Jünger. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. O papel da sociedade civil e da esfera pública política. In: **Direito e democracia**: Entre facilidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOHLER JR, Albert. **The Post-Truth Era–Welcome to the Age of Dishonesty**. Disponível em: <http://www.albertmohler.com/2005/07/19/the-post-truth-era-welcome-to-the-age-of-dishonesty/> Acessado em 16 de janeiro de 2019.

Idosos são mais propensos a espalhar notícias falsas, diz estudo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46849533> Acessado em 30 de janeiro de 2019.

KATZ, E. – **The Two-step flow of communication**; “Interpersonal Relations and the Mass Communications: studies in the flow of influence” 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LUCAS, Luciane (org). **Media Training**: como agregar valor ao negócio melhorando a relação com a imprensa. São Paulo: Summus, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

Mais de 4 bilhões de pessoas usam a internet ao redor do mundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/126654-4-bilhoes-pessoas-usam-internet-no-mundo.htm> Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à Administração**. Ed. Compacta. São Paulo: Atlas, 2009.

MENEZES, Suzaneide Ferreira da Silva. **A mídia televisiva e seus impactos na formação de opinião e na comunicação entre as pessoas.** Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoE/1579291b0e7dd6d59098Suzaneide_Menezes.pdf Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

LAZER, M. J. et al. The science of fake news. **Science.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news/download Acesso: em 21 de janeiro de 2019.

MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos conceitos de hermenêutica jurídica e de interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, vol. 1 nº 03, 2016.

NETO, Lauro Maranhão Aires. **Líderes de opinião no ambiente mediático: uma abordagem teórica no campo da Comunicação.** Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1665/1/2008_LauroMaranhaoAiresNeto.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

ORLANDI, Eni. **Análise de discurso princípios e procedimentos.** 5. ed. Campinas: Pontes, 2003.

Para combater fake news, WhatsApp limita reenvios a cinco contatos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/para-combater-fake-news-whatsapp-limita-reenvios-cinco-contatos-23388442>. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

Pesquisa Brasileira de Mídia - PBM 2015: Levantamento quantitativo domiciliar sobre os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf/view>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

PINKER, Steve. **O Novo Iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PIRES, Máisa Rezende. O equilíbrio necessário para que a liberdade de expressão coexista com outros direitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10790. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does) Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper nº. 15, 1993.

ROBBINS, Stephen; JUDGE, Timothy; SOBRAL, Filipe. **Comportamento organizacional: teoria e prática no contexto brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Pearson, 2010.

SANTARENO, S. L. **Mídia e opinião pública.** Disponível em: http://www.jesocarneiro.com.br/artigos/midia-e-opiniao-publica/15_10_2007/ Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

SIMON, Herbert. **Os limites ou fronteiras da racionalidade.** Entrevista. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw>. Acesso em: 10 de fevereiro 2019.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

WhatsApp diz como tenta combater fake news no Brasil. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/10/whatsapp-diz-como-tenta-combater-fake-news-no-brasil.html>. Acesso em: 10 de março de 2019.

WhatsApp é vetor de fake news no Brasil; nos EUA, papel é do Facebook. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/whatsapp-e-vetor-de-fake-news-no-brasil-nos-eua-papel>. Acesso em: 10 de março de 2019.