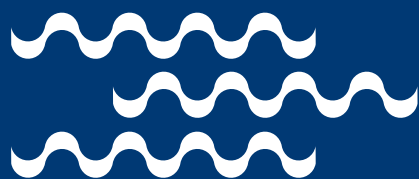


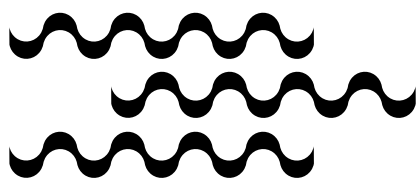
Melhores trabalhos de conclusão  
de curso de Graduação em Direito

**JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA**  
**BRUNA DINIZ FRANQUEIRA**  
**BERNARDO PADULA SCHWAITZER**  
**EDUARDO DIAS GARCIA**



**Coleção Jovem Jurista**

 **FGV DIREITO RIO**



**Coleção Jovem Jurista**

**2020**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar  
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900  
55 (21) 3799-5445  
[www.fgv.br/direitorio](http://www.fgv.br/direitorio)

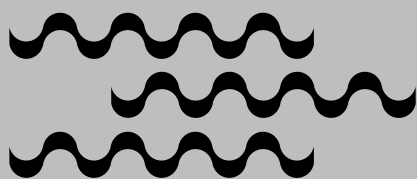
**Melhores trabalhos de conclusão de  
Curso de Graduação em Direito**

**JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA**

**BRUNA DINIZ FRANQUEIRA**

**BERNARDO PADULA SCHWAITZER**

**EDUARDO DIAS GARCIA**



**Coleção Jovem Jurista**

2020

Edição FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil.

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2020.

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

*Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.*

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Nathasha Chrysthie

Capa: Zabad

Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços

1ª revisão: Bruna Lupp

2ª revisão: José Grillo

Dados internacionais de Catalogação na Publicação  
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Coleção jovem jurista 2020 / João Carlos Cochlar de Oliveira...[et al.]. — Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.  
296 p.

Em colaboração com Bruna Diniz Franqueira, Bernardo Padula Schwaitzer, Eduardo Dias Garcia.

Inclui bibliografia.

Conteúdo: Oliveira, João Carlos Cochlar de. Clareza e legitimidade: como elementos de teoria musical podem iluminar a interpretação jurídica? — Franqueira, Bruna Diniz. O papel da inteligência artificial na divisão sexual do trabalho. — Schwaitzer, Bernardo Padula. Educação e federalismo no Brasil: regimes de colaboração e políticas públicas educacionais. — Garcia, Eduardo Dias. Direito ao esquecimento: limites e aplicação no direito brasileiro.

ISSN: 2179-0906

1. Direito. 2. Música. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Legitimidade (Direito). 5. Inteligência artificial. 6. Discriminação de sexo contra as mulheres. 7. Discriminação de sexo no emprego. 8. Mercado de trabalho. 9. Educação e Estado. 10. Federalismo. 11. Direito ao esquecimento. 12. Direito à privacidade. I. Oliveira, João Carlos Cochlar de. II. Franqueira, Bruna Diniz. III. Schwaitzer, Bernardo Padula. IV. Garcia, Eduardo Dias. V. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 340

Elaborada por Amanda Maria Medeiros López Ares — CRB-7/1652

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>CLAREZA E LEGITIMIDADE: COMO ELEMENTOS DE TEORIA MUSICAL PODEM ILUMINAR A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?</b>	<b>11</b>
JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA	
<b>O PAPEL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO</b>	<b>93</b>
BRUNA DINIZ FRANQUEIRA	
<b>EDUCAÇÃO E FEDERALISMO NO BRASIL: REGIMES DE COLABORAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS</b>	<b>143</b>
BERNARDO PADULA SCHWAITZER	
<b>DIREITO AO ESQUECIMENTO: LIMITES E APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>191</b>
EDUARDO DIAS GARCIA	



## APRESENTAÇÃO

“O correr da vida embrulha tudo,  
a vida é assim: esquenta e esfria,  
aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta.  
O que ela quer da gente é coragem.  
O que Deus quer é ver a gente  
aprendendo a ser capaz  
de ficar alegre a mais,  
no meio da alegria,  
e ainda mais alegre  
ainda no meio da tristeza!”

(João Guimarães Rosa — **Grande sertão**: veredas)

No ano de 2020, chegamos à 11ª edição da Coleção Jovem Jurista, editada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, criada para divulgar, a cada ano, os trabalhos premiados por sua excelência e aspectos inovadores produzidos por discentes da graduação em Direito.

O presente volume não traz apenas os trabalhos de conclusão de curso vencedores dos prêmios Miranda Rosa de Qualidade e Alfredo Lamy Filho de Inovação, mas contempla também as respectivas menções honrosas recebidas, dentre os trabalhos apresentados no ano de 2019/2020. Esta publicação traz também a esperança de que, apesar dos limites impostos pela pandemia da Covid-19, nos mantenhamos no caminho da projeção de um futuro, não desistamos dos nossos planos e, principalmente, não nos curvemos diante da realidade dura e incerta enfrentada no atual momento. Ao contrário, os trabalhos de conclusão de curso, aqui publicados, reforçam o papel do Direito e a responsabilidade de sua aplicação na construção da justiça, em que a compreensão de problemas se reverte em favor da coletividade, do exercício crítico e democrático.

O Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação foi concedido a João Carlos Cochlar de Oliveira pelo trabalho “Clareza e legitimidade: como elementos de teoria musical podem iluminar a interpretação jurídica?”, orientado pelo professor Joaquim Falcão. O autor analisa fenômenos e institutos jurídicos por meio de analogias entre o direito e a música para apontar os pontos de conexão entre a interpretação musical e a jurídica. A identificação de semelhanças entre o formalismo jurídico e o musical indica uma estreita conexão entre os dois campos e se transforma em instrumento útil na apreciação de valores balizadores do processo hermenêutico.



Os trabalhos produzidos pela aluna Bruna Diniz Franqueira, sob orientação da professora Ligia Fabris Campos e coorientação do professor Ivar Hartmann, e pelo aluno Bernardo Padula Schwaitzer, sob orientação do professor Daniel Vargas, intitulados “O papel da inteligência artificial na divisão sexual do trabalho” e “Educação e federalismo no Brasil: regimes de colaboração e políticas públicas educacionais”, respectivamente, receberam menção honrosa nesta mesma categoria.

Bernardo Padula Schwaitzer problematiza a promoção de serviços públicos educacionais de qualidade como um dos desafios expressos pela ordem constitucional de 1988, sendo a construção de um regime de colaboração entre os entes da federação a estratégia para a sua concretização. O autor conclui que a colaboração de caráter sistêmico voltado para a qualidade da educação pública não se tornou uma realidade. Assumindo uma perspectiva crítica do Direito enquanto mecanismo de desenvolvimento social, Bernardo discute os instrumentos de maior eficácia na garantia da educação pública de qualidade no Brasil.

Bruna Diniz Franqueira, além da menção honrosa na categoria inovação, foi a vencedora do prêmio Miranda Rosa de Qualidade, pela produção do trabalho “O papel da inteligência artificial na divisão sexual do trabalho”. Bruna parte da premissa de que a inteligência artificial pode forjar uma nova fase de representações estereotipadas e nos leva a refletir sobre o uso de novas tecnologias nas tomadas de decisão em diversos aspectos da vida pessoal e profissional. Por meio de um olhar crítico e inovador, antecipa a preocupação com a possibilidade de algoritmos automatizados acarretarem a reprodução de discriminações sociais em grandes proporções. A autora discute a discriminação contra mulheres no mercado de trabalho e a reprodução de vieses de gênero a partir do emprego de tecnologias de inteligência artificial e adverte sobre a necessidade de aprimoramentos dos algoritmos no combate a incorporações de discriminação.

A banca examinadora do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade ainda agradeceu com uma menção honrosa o trabalho “Direito ao esquecimento: limites e aplicação no direito brasileiro”, escrito por Eduardo Dias Garcia, sob a orientação do professor José Guilherme Vasi Werner. Na tensão entre o direito ao esquecimento e outros direitos, como as liberdades de informação e de imprensa, o autor propõe parâmetros para evitar riscos de uma aplicação indiscriminada. Assim, oferece uma leitura densa sobre sua conceituação teórica e de sua aplicação prática, nos âmbitos nacional e internacional, além de apontar os limites para o seu reconhecimento.

Por meio da leitura dos textos desta coletânea, podemos atestar a excelência dos trabalhos e o compromisso da FGV Direito Rio de investimento

no ensino que estimula pesquisa e experiências de qualidade e inovação no cenário jurídico. Estes trabalhos de conclusão de curso são estudos dirigidos a problemas de relevância jurídica para a realidade social atual.

Entendemos que vincular o Direito à realidade produz efeito sobre as instituições jurídicas, as condutas das pessoas e, com isso, criam-se novos horizontes, novas perspectivas, novas realidades.

Deixamos aqui o convite ao futuro: ao futuro de novos sentidos e de novas práticas.

Thiago Bottino

Coordenador da Graduação da FGV Direito Rio.



# **CLAREZA E LEGITIMIDADE: COMO ELEMENTOS DE TEORIA MUSICAL PODEM ILUMINAR A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?**

JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA

## **Resumo**

Analogias entre direito e música, quando ambos são encarados como teorias da interpretação, foram e são muito usadas pela doutrina nacional e estrangeira para a explicação de ideias complexas sobre fenômenos e institutos jurídicos. O trabalho se ocupa de justificar por que essa analogia é tão eficaz, bem como argumentar que ela transcende o seu mero poder pedagógico. O que se busca investigar é como o modo no qual direito e música operam se assemelha para além da analogia, sendo que juízes e músicos-intérpretes se colocam diante de crises interpretativas semelhantes e se valem de critérios similares para tomada de decisão. Após a apresentação de quatro casos, dois musicais e dois jurídicos, o trabalho divide-se em duas etapas: a primeira busca apresentar os pontos de conexão em que música e direito se aproximam, enquanto teorias de interpretação, justificando a pertinência da analogia; a segunda busca identificar quais valores interpretativos relevantes na música se espelham (ou deveriam se espelhar) no direito.

## **Palavras-chave**

Direito. Música. Hermenêutica. Interpretação. Texto. Clareza. Legitimidade. Comunicação. Linguagem.

## **Abstract**

Analogies between Law and music, when both are seen as theories of interpretation, were and are widely used by national and foreign doctrine to explain complex ideas about Law. This work is concerned about justifying why this analogy is so effective, as well as arguing that such analogy transcends its mere pedagogical power. What we seek to investigate is how the way in which Law and music operate is similar to an extent that transcends analogy, since judges and music performers face similar interpretive crises and use similar criteria for decision making. After the presentation of four cases, two musical and two legal, this work divides itself into two parts: the first seeks to present

the connection points in which music and Law come together as theories of interpretation, justifying the effectiveness of the analogy; the second seeks to identify which relevant interpretative values in music are mirrored (or should be mirrored) in Law.

## Keywords

Law. Music. Hermeneutics. Interpretation. Text. Clarity. Legitimacy. Communication. Language.

## 1. Introdução

### 1.1. Uma semente que Teori Zavascki plantou

No dia 6 de junho de 2016, Teori Zavascki, ministro do Supremo Tribunal Federal, compareceu a um evento no Centro Cultural da Fundação Getulio Vargas para proferir uma palestra cujo título era “Impacto das crises nas instituições públicas: credibilidade, segurança jurídica e desburocratização”. O público a quem o ministro se dirigia naquela data não era propriamente versado na linguagem do direito. A iniciativa da palestra havia sido tomada pela Escola de Administração da FGV (EBAPE), e o seu objetivo era proporcionar um diálogo entre protagonistas da vida pública brasileira que pudesse esclarecer as inúmeras dimensões da crise que vigorava (e ainda vigora) no país, seja econômica, política, moral, jurídica, entre outras. Chamado para falar, o ministro Zavascki informou a audiência de que segmentaria sua fala na dimensão da harmonia e separação entre os poderes. Em outras palavras, o objeto do seu discurso era o ativismo judicial sobre as funções legislativas.<sup>1</sup>

Tratando-se de público leigo, o início da sua exposição foi marcado por um tom eminentemente pedagógico. O ministro descreveu à plateia quais eram as atribuições ordinárias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. O Poder Legislativo, em geral, tem uma atuação prospectiva, editando textos normativos de caráter genérico e abstrato para orientar comportamentos sociais futuros. O Poder Judiciário, por outro lado, tem a atribuição de resolver um conflito já existente, editando uma norma específica e concreta para ambas as partes frente a uma situação passada.<sup>2</sup> Da mesma forma que o ministro queria deixar

---

1 Cf. Zavascki (2016): “Ativismo judicial, de um modo geral, é uma expressão que tem um sentido pejorativo, que seria um sentido de se entender aquela função, aquele avanço ilegítimo da função jurisdicional, da função dos juízes, sobre áreas reservadas, pelo menos aparentemente, a outras funções do Estado. Ou à função do legislador ou à função do Poder Executivo.”

2 Cf. Zavascki (2016): “Todavia, nós vamos ver que há um campo de criação da norma, que em tese é do legislativo, há um campo de criação da norma muito amplo, que é um campo legítimo para o Poder Judiciário. Eu começo mostrando isso em qualquer decisão judicial. As decisões judiciais, de um modo geral, consistem num juízo de valor sobre um fato

claro que aquela norma concreta, produzida pelo Poder Judiciário, não era proveniente de um absoluto livre-arbítrio do juiz, explicava que esta norma proferida também não se confundia com o texto normativo. A norma é um ato de vontade de quem profere, mas que deve ser orientado por um ato de cognição do direito aplicável. O ministro elucidava que “uma coisa é o dispositivo da lei, outra coisa é o significado que se tira desse dispositivo. Por isso que na Teoria Geral do Direito se diz que a norma, na verdade, não é o que está escrito, mas aquilo que o intérprete diz que está escrito.”<sup>3</sup>

A diferença entre norma e texto nem sempre é algo de trivial compreensão para os leigos. Mas a dificuldade de entendimento sobre essa questão pareceu ser rapidamente superada quando o ministro proferiu a seguinte analogia:

Tod[o] [texto normativo] supõe uma interpretação, assim como uma partitura musical. A música não é a partitura musical. A música é aquilo que o intérprete retira da partitura musical. Ele pode retirar uma boa norma, uma boa música, e ele pode não ser muito fiel à partitura. De um certo modo, a função do juiz é semelhante. Quem retira [do texto], dessa partitura criada pelo legislador, a norma, essa música, é o intérprete. A função de interpretar e, portanto, de retirar a norma dos textos normativos, essa é a função do juiz.<sup>4</sup>

Zavascki, com essa afirmação, se valeu de uma analogia que, a fundo, propõe uma espécie de equivalência mediante a qual o texto normativo está para a norma assim como a partitura está para a música que dela se executa. Ao mesmo tempo que assume essa premissa, defende o ministro que o juiz, em alguma extensão, se assemelha ao músico-intérprete no processo de tomada de decisão, especificamente naquilo que concerne à atividade de extração do significado de um código, uma notação, que orienta o comportamento do agente-intérprete. Apesar de se tratar de uma metáfora intrigante, e suficiente para atingir a finalidade de ilustrar a uma plateia de leigos sobre problemas intrincados de Teoria Geral do Direito, esta monografia se presta a tomar esta afirmação não como um fim, mas como um ponto de partida.

---

concreto. Nós temos um fato concreto da vida ou uma crise ou uma possível crise entre uma conduta inconcreta e uma norma de regulação de conduta editada abstratamente pelo legislador. Quando há uma possível crise entre... uma crise concreta, entre a norma abstrata e a conduta concreta, quem decide isso? Quem resolve essa crise é o juiz. Isso é o que acontece todos os dias na normalidade da função jurisdicional. O juiz, para tomar uma decisão edita uma norma individualizada dessa conduta.”

3 Zavascki (2016).

4 Zavascki (2016).

Ao invés de esgotar a analogia com a elucidação da diferença entre texto e norma, busca-se partir dela para realizar uma análise mais profunda, uma problematização, sobre a possibilidade de a extração do significado dos signos que prescrevem comandos normativos seguir cânones semelhantes àqueles que são observados na interpretação musical. Em outras palavras, visa-se responder, sem a pretensão de esgotar sua justificativa, à seguinte pergunta: a forma com que se extrai o significado do texto normativo para aplicação do direito se assemelha com a que se extrai da notação musical para a execução instrumental?

Algumas perguntas-satélite a que formulei anteriormente são: Esta aproximação é pertinente e defensável? Qual é a extensão desta similitude? Faz sentido pensar que há posturas de interpretação semelhantes para legitimar a ação do juiz ou do músico-intérprete?

## 1.2. Contexto, justificativa e divisão metodológica

Antes de se enfrentarem estas perguntas, cabem algumas considerações sobre o caminho que se fez até chegar a elas e ao processo de trabalho adotado para o desenvolvimento. Este trabalho é produto de um processo de três etapas.

De início, a ideia tinha germinado em trocas com o professor Joaquim Falcão, que, no seu papel de interlocutor-provocador, criou o ambiente propício para a construção de uma ideia primeiramente intuitiva: a de que poderia existir semelhanças na *ratio* de como juizes e músicos interpretam. A primeira etapa do trabalho foi, portanto, uma reflexão introspectiva sobre como construir esse tipo de inter-relação, tentar investigar quais variáveis comuns música e direito compartilham nesse plano e se elas são aplicáveis na solução de problemas interpretativos.

Essa primeira etapa se revelou insuficiente, dando espaço à segunda fase: a leitura sistemática de textos. Em programa de intercâmbio proporcionado pela FGV Direito Rio<sup>5</sup> em Paris, tive acesso a uma vasta literatura, sobretudo na Biblioteca Nacional da França, onde existem obras que se detêm justamente sobre a interação entre direito e música no plano da interpretação.<sup>6</sup> Lá, também encontrei livros de filosofia da música que abordam problemas de interpretação musical,<sup>7</sup> cujos autores, muitos deles, tinham também formação jurídica.<sup>8</sup> Isso deu um escopo diferente ao estudo, pois já havia subsídios suficientes

5 Instituição que destaco nos agradecimentos do trabalho.

6 Signorile (2017), Rouland (2018) etc.

7 Davies (2011), Danto (2005) etc.

8 Alpern (1999, p. 1461, nota 4) trata de diversos teóricos da música com formação jurídica. V. também Schenker (2002) e Stravinsky, Knodel e Dahl (1947).

na literatura para dar mais consistência às ideias que pretendia veicular num trabalho sobre essa temática.

A terceira etapa, por fim, foi a mais desafiadora: a sistematização de ideias. Ela foi acompanhada de duas frustrações. A primeira tem a ver com uma dificuldade de organização do pensamento, e a segunda foi a de não poder viabilizar uma “completude” de tudo aquilo que gostaria de defender neste trabalho. Entretanto, tais frustrações foram amenizadas com o fato de este trabalho não buscar apenas defender ideias, mas também expor dúvidas.

Explicado o caminho metodológico, voltemos às indagações postas no fim da seção anterior.

Note-se que estas perguntas se inserem em um contexto que não é novo na doutrina. Essa afirmação feita pelo ministro Teori Zavascki, sem prejuízo da sua sensibilidade intelectual, não é pioneira. Inúmeros autores já se valeram da música para elucidar algum aspecto de Teoria do Direito, em dimensões distintas.

O professor Eros Grau, por exemplo, já havia registrado a viabilidade dessa analogia quando sustenta que o direito não é uma ciência em que o intérprete é capaz de apresentar “uma resposta certa”.<sup>9</sup> Afirma categoricamente que “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”.<sup>10</sup> Grau, por outro viés, se utilizou da música para demonstrar não só que a atividade do juiz era vinculada, mas que, apesar disso, o resultado do exercício hermenêutico feito por diversos juízes não necessariamente levará ao mesmo resultado. Dessa vez, ele se valeu da analogia musical para jogar luz sobre um outro aspecto da teoria do direito, o qual apoia a defesa da impossibilidade de a interpretação jurídica, feita por diferentes juízes, ser unívoca. O autor estabeleceu um paralelo com a execução de peças sinfônicas por diferentes maestros e orquestras: não há uma exata, mas há muitas corretas.<sup>11</sup>

Seguindo a mesma lógica, o professor J. J. Calmon de Passos também já contou com a analogia musical para distinguir a ideia de texto da de norma. Dizia o jurista baiano:

---

9 Dworkin (2002, p. 202-203) nega ser um defensor do direito natural e que, portanto, proporia uma resposta única para cada caso, transcendente ao direito positivo. “Antecipo uma objeção filosófica a essas conclusões: a de que estou tratando o direito como uma ‘onipresença ameaçadora no firmamento’. [...] Portanto, serei acusado de adotar o ponto de vista de que existe sempre uma ‘resposta correta’ para uma questão jurídica, a ser encontrada no direito natural ou guardada a sete chaves em alguma caixa-forte transcendental.”

10 Grau (2002, p. 30).

11 “Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Bethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas — e corretas.” (GRAU, 2002, p. 30)



[a] partitura na qual foram consignadas as notações musicais, que permitem reproduzir a melodia por outrem que não o seu criador ou primitivo executor, não é melodia, não é som, não é música, nem harmonia, nem acordes. [...] Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que formalmente se infere, [...] nem as leis [...]. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.<sup>12</sup>

É verdade que as analogias, enquanto figuras de linguagem, são úteis para a elucidação de conceitos homólogos mais complexos. Mas sua função não se esgota aí. Elas são ferramentas úteis para o preenchimento de lacunas em todas as áreas do saber, sobretudo no direito, em razão do seu caráter integrativo. Elas se prestam à iluminação de obscuridades que a língua pode impor à comunicação, sendo valiosas para a elucidação de conceitos, muitas vezes revestidos de caráter lúdico, mas não só. A analogia transcende o caráter estritamente pedagógico, atingindo também a solução de conflitos. Daí tamanha importância que detém para a solução de conflitos no campo do direito, justificada pelo fato de o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determinar (poder-dever) que o juiz se valha da analogia para tomar decisões quando a lei é lacunosa.

Esta é a razão pela qual se assume nesta tese que a analogia entre direito e música no plano da interpretação transcende o caráter pedagógico ou lúdico. Este é o fundamento por meio do qual se formula a hipótese de que a analogia feita por Teori Zavascki é pertinente para se perguntar se uma investigação sobre se a analogia entre direito e música poderia trazer resultados úteis para **problemas** de hermenêutica jurídica, em uma verdadeira simbiose.

A justificativa para essa iniciativa é a possibilidade de se notar que a analogia feita por Teori Zavascki, e explorada por tantos outros juristas, parte de uma premissa implícita que é aplicável tanto ao direito como à música: a de que ambos podem ser enfrentados enquanto *teorias de interpretação*. Tanto os operadores do direito como os intérpretes da música enfrentam, em seu cotidiano, problemas de hermenêutica.

Quando se fala em direito, como exporei adiante, entenda-se que se trata de uma ciência dogmática que, “[a]o disciplinar a conduta humana, [se vale de] normas jurídicas [que] usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser”.<sup>13</sup> Da mesma forma, quanto à música, assume-se que é uma arte cuja realização é orientada por uma notação gráfica específica para determinar como um intérprete deve executar certa obra musical. Trata-

12 Passos (2000, p. 23, grifo do autor).

13 Ferraz Jr. (2018, p. 210).

-se de uma *dimensão deliberadamente restrita* dos conceitos. É evidente que o conceito de direito e música não estão adstritos à interpretação de códigos. Esta é apenas uma dimensão que se manifesta na realização de ambos, e é nesta dimensão apenas em que se busca propor um intercâmbio de ideias.

O trabalho, portanto, se divide em quatro partes, cada qual com suas subdivisões. A primeira, introdutória, visa delimitar os conceitos de direito e música através dos quais se busca examinar a possível semelhança no plano interpretativo. Para tanto, serão apresentados quatro problemas, dois musicais — um da música clássica e outro do *jazz* — e dois jurídicos, em que agentes de suas respectivas áreas enfrentam dificuldades sobre como interpretar um dado texto, tendo de recorrer a critérios que, de uma certa forma, legitimem aquilo que se pretende executar. A segunda parte procura apontar quatro pontos de conexão entre o direito e a música, em que a operação interpretativa é orientada por alguns fatores semelhantes. Em terceiro lugar, busca-se demonstrar que, em determinados contextos musicais, alguns critérios de como executar/aplicar um texto são ontologicamente semelhantes ao direito. Por fim, busca-se defender que uma dada postura de interpretação jurídica, observado o homólogo musical, é preferível.

Dando continuidade, procura-se, na seção seguinte, como se disse, fazer um exercício de duas etapas, no qual, respectivamente, intérpretes de música e direito enfrentam problemas que podem guardar alguma semelhança. A primeira etapa revela como um músico-intérprete enfrenta um conflito entre um comando claro, preciso e determinado da partitura musical e uma insatisfação motivada<sup>14</sup> da sua aplicação. A segunda, busca observar como um juiz enfrenta um conflito entre um comando claro, preciso e determinado de um texto normativo e a geração de uma consequência indesejada por ele ou a violação de uma outra norma jurídica, ambas derivadas da aplicação daquele comando.

Observem estes exemplos:

### 1.3. Quatro problemas de interpretação

#### 1.3.1. Da música

Os exemplos musicais são pessoais, embora guardem alguma semelhança por aqueles propostos por Jack Balkin e Sanford Levinson, em obra seminal sobre o tema.<sup>15</sup> Durante muito tempo, encarei como desafio pessoal a execução de uma peça para piano de Franz Schubert denominada *Impromptu in Es-dur* (D.889-2). No decorrer do estudo dessa peça, houve uma situação que me ge-

14 A motivação pode ser estética, histórica, mecânica ou, até mesmo, arbitrária.

15 Balkin e Levinson (1991). V. nota 19 adiante.

rou um incômodo. No 70º compasso da peça,<sup>16</sup> no segundo tempo, havia algo que me soou estranho após uma primeira leitura. Ao prestar mais atenção, esse “estranhamento” estava em um momento no qual duas notas eram tocadas ao mesmo tempo, mas que soavam inadequadas à linguagem que o compositor propunha no decorrer da peça.

Como veremos a seguir, a música é uma arte e uma ciência. Seu estudo transcende a fluência instrumentística e requer a construção de proficiência nas suas inúmeras ramificações. Alguns desses ramos são o estudo da grafia musical e o seu significado, o estudo da harmonia e o estudo do arranjo. O que aconteceu nesse caso foi que a grafia musical de Schubert indicava que se tocasse algo que o estudo da harmonia e do arranjo dizem que poderia ser uma impropriedade. Em outras palavras, enquanto a grafia, clara, orientava uma conduta, a minha compreensão do estudo da harmonia e do arranjo orientava outra.

Da perspectiva da teoria da música, o que havia no mencionado compasso era um contraste entre uma nota *lá* natural, na melodia, que era executada ao mesmo tempo que um *lá bemol*, na harmonia, em um contexto que a escolha dessas notas não fazia sentido com a linguagem que o compositor propunha, violando as tais regras de harmonia e arranjo.<sup>17</sup> Na condição de intérprete, compreendi que aquela combinação de notas soava em conflito com a linguagem que o compositor vinha propondo no decorrer da peça (para não cometer a heresia de que assumi uma crença de que aquela nota era inadequada). Foi possível construir uma justificativa teórica para a minha defesa de inadequação do *lá* natural naquele momento da peça.

A nota feria uma regra de arranjo que vinha se mantendo no curso da peça.<sup>18</sup>

A solução para uma situação como essa seria executar a peça de maneira diferente do que a grafia propunha. São opções, por exemplo, omitir o *lá bemol* da mão esquerda, ou substituí-lo por um *fá* ou um *ré*, ou até, mesmo, em abordagem mais radical, desviar a nota melódica para *lá bemol* tal qual se praticou na melodia. Tais opções se revelam possíveis dentro da linguagem que se pro-

16 Disponível em <https://www.mutopiaproject.org/ftp/SchubertF/D899/SchubertF-D899-2-Impromptu/SchubertF-D899-2-Impromptu-a4.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

17 Uma objeção possível feita por alguns profissionais é que isto, na verdade, consiste em um efeito teórico denominado “falsa relação” ou um cromatismo. Isso procede. Mas, de igual forma, consiste em uma violação de regra estética de harmonia e arranjo quando, em contexto de tonalismo, se executa a sétima maior de uma nota no mesmo momento que a sétima menor do mesmo acorde é executada.

18 O estudo de harmonia funcional tem uma justificativa para essa objeção que apresentei. Há uma regra de harmonia em que se deve evitar tocar ao mesmo tempo um acorde dominante quando a melodia se apresentar na 7ªM deste acorde. A 7ªM, não é uma nota que se adequa com o acorde dominante, sobretudo no contexto da peça que estava examinando. Note-se que aqui não estou objetando que outras regras poderiam ser levantadas para negar incidência a esta (a de que o *lá* natural é uma nota de passagem, portanto poderia ser tolerada; ou que esse estranhamento gerado é proposital), mas sustentando que, sob a égide da primeira regra, o *lá* natural é incompatível.

punha naquela composição. Em outras palavras, estava sugerindo uma verdadeira intervenção criativa sobre a obra de Schubert. O que fiz, na verdade, foi apresentar uma justificativa baseada em uma teoria de harmonia funcional para não tocar aquilo que constava graficamente do tal 70º compasso, e substituir uma nota por outra. O fundamento que usei para justificar essa intervenção, a despeito de legítimo em alguma extensão, certamente não é uma unanimidade entre a comunidade de músicos-intérpretes. Poderia eu substituir o que entendi ser uma “nota equivocada” escrita por Schubert?

Imediatamente após essa pergunta, surge em mente o constrangimento: “Que legitimidade tenho eu para dizer que a nota que Schubert escreveu está inadequada? Ainda que eu tenha uma fundamentação para tanto, qual é a legitimidade que eu, enquanto intérprete da sua obra, tenho de sobrepor aquilo que acho certo frente a um comando claro do compositor?” Pouco depois deste pensamento, foi nesta linha que me chamou a atenção a professora que orientava meus estudos. Ela trazia um postulado consigo que vale como máxima na música clássica: “A partitura é um documento, e o compositor é a autoridade máxima sobre aquilo que deve ser tocado.” Assim sendo, mesmo que com todas essas elucubrações teóricas suscitadas para “derrotar” uma determinação de Schubert ao intérprete, inclusive propondo alteração numa peça totêmica como essa (que aos olhos de muitos profissionais do mundo de concerto poderia soar herético), o correto seria relevar esse estranhamento e incorporá-lo à minha execução. Naquele momento, decidi que não se deve divergir frontalmente da notação que Schubert registrou, não importa a razoabilidade daquilo que propusesse.<sup>19</sup>

---

19 Cf. Balkin e Levinson (1991). Casos sobre a legitimidade do intérprete em intervir no comando textual de compositores totêmicos para refletir sobre problemas hermenêuticos do direito não é de todo uma novidade. Stanford Levinson e Jack Balkin apresentaram dois casos em que havia problemas interpretativos semelhantes. O primeiro é o caso do pianista e compositor Charles Rosen. No decorrer do estudo do primeiro movimento do Concerto nº 1 para Piano de Beethoven, o pianista relata em seu livro *The Shock of Old* que notou que “há uma irritante ou intrigante nota errada na partitura, um *fá* natural agudo onde a melodia obviamente exige um *fá* sustenido”. É possível falar que na composição de Beethoven há uma “nota errada”? Evidente que todo o intérprete musical carrega consigo uma bagagem teórica que lhe permite compreender o fundamento técnico por meio do qual o compositor produziu aquela obra. Ela não é produto de uma criação espontânea (ou, pelo menos, não é em geral). A música carrega consigo inúmeros dogmas, que são próprios do som, permitindo que o músico que estudou noções de harmonia, composição ou arranjo musicais possa ponderar sobre as escolhas feitas pelo compositor. Ao afirmar que a nota está errada porque a melodia exige outra, Rosen certamente notou uma incompatibilidade sonora desse *fá* natural com o contexto no qual ele se insere. Há uma justificativa técnica, portanto, para que ele julgue que a nota está errada. Mas além do provável estranhamento sonoro, por mais que fosse da maior sutileza, Rosen levanta ainda uma justificativa histórica: pouco antes de Beethoven publicar essa composição, os pianos não tinham essa tecla. O *fá* sustenido é a nota imediatamente acima do *fá* natural, e esta era a última do piano na época. Segundo ele, apesar do posterior avanço tecnológico que proporcionou o aumento do número de teclas no piano, que ocorreu pouco depois da publicação da peça,

Contraste essa narrativa com outra, atravessando o mundo clássico para o *jazz*. Em agosto de 2019, tive a oportunidade de participar da quarta edição do Internal Compass Seminar of Jazz em Mitzpe Ramon, Israel. Trata-se de um curso de verão de música naquela pequena cidade em algum ponto do deserto do Negev. Naquela ocasião, renomados professores de música de variadas nacionalidades ofereceram diversos cursos de teoria e prática. Na programação, além das aulas que se dividiam por instrumentos e práticas de conjunto, cada um dos professores ofereceria uma aula magna — uma *masterclass* — para todos os alunos.

Uma dessas aulas magnas foi ministrada pelo professor e pianista brasileiro, residente em Nova York, Henrique Eisenmann, que tratou do tema da interpretação musical. Ele trouxe como caso gerador das reflexões um dilema que enfrentou quando decidiu estudar havia alguns anos a composição *Monk's Mood*, de Thelonious Monk, um dos mais célebres compositores de *jazz* da história, com um professor da universidade onde foi aluno. Eisenmann explicou que, apesar de ter uma enorme atração pela peça de Monk, havia dois momentos da composição — dois compassos, para ser mais preciso — de que ele simplesmente não gostava. Ele relatava o quanto se incomodava em ter de enfrentar aqueles compassos escritos na partitura, até que concluiu que ele gostaria de interpretar a composição sem os tais fragmentos, em detrimento absoluto daquilo que estava prescrito na obra original de Monk.

Ele apresentou esta ideia ao seu professor com algum receio, pelas mesmas razões do caso Schubert. Thelonious Monk é um dos maiores compositores da história do gênero, a quem se deveria ter respeito e deferência: que legitimidade teria um intérprete de interferir em sua criação? Eisenmann ressaltava ainda que o receio de propor essa ideia a seu professor era ainda maior porque este era aficionado pelo compositor, razão pela qual temeu uma reprimenda. Parecia-lhe, até aquele momento, que considerações pessoais não poderiam se sobrepujar àquilo que a composição exigia dele enquanto intérprete. Em outras palavras, existia um receio de ir adiante com a intenção de tocar algo diferente

---

Bethoven não emendou sua composição em razão disso. Balkin e Levinson ainda narram mais um episódio, que fecha essa seção de problemas de interpretação musical. Também em Schubert, narram os autores que Alfred Brendel, renomado pianista, não se sente na obrigação de acatar um sinal de repetição que pode ser encontrado nas últimas sonatas do compositor. São duas as justificativas que teriam sido dadas pelo autor: a primeira é que a repetição tinha a finalidade de que o ouvinte memorizasse aquele fragmento da composição, o que, nos tempos de hoje, não se faz necessário. Ou já se conhece em função da tradição que essas peças firmaram ou pode-se simplesmente comprar uma gravação para ouvi-la novamente. O segundo argumento tem a ver com um pragmatismo. Uma vez que as práticas contemporâneas de concerto se desenvolveram no sentido de estabelecer que as três sonatas devem ser apresentadas em um intervalo de duas horas, a adoção desses pontos de repetição tornaria o concerto excessivamente longo e frustraria esse objetivo que se concretizou na modernidade.

daquilo que o compositor escrevera, com a agravante de que a justificativa para tanto era apenas o gosto pessoal, sem recorrer a nenhum fundamento teórico, histórico ou qualquer outro que fosse.

Para sua surpresa, ao narrar sua proposta de ignorar aqueles compassos e tocar a peça como se eles nem sequer existissem, o professor o observou com admiração, assentiu e imediatamente os riscou da partitura. Notando que Eisenmann não esperava essa reação, seu professor fez um comentário cujo teor é semelhante ao seguinte: “O que torna a sua interpretação interessante não é fazer mais do mesmo, mas imprimir **sua visão** sobre a composição, senão eu vou ouvir o próprio Monk. Isso é de fundamental importância.”

A lição que se extrai desse caso, portanto, é que, sob esta óptica, a força do texto deve ser harmonizada com uma atividade proativa do intérprete, cujo êxito na *performance* pode estar intrinsecamente ligado a posturas que contrastam com os comandos claros da notação musical.

É imprescindível destacar, por outro lado, que o contexto no qual se insere o intérprete musical tem absoluta relevância na forma com que manuseia a notação que está interpretando, tal como será abordado em uma das seções deste trabalho. Mas independentemente da substância das justificativas<sup>20</sup> trazidas por cada um dos protagonistas destes dois casos, ambos enfrentaram perguntas da mesma natureza: Qual é a legitimidade que um intérprete possui para não aplicar um comando claro, preciso e determinado do texto na sua interpretação? É realmente necessário que eles a justifiquem?<sup>21</sup>

O que se viu foi que, em contextos diferentes e por justificativas diferentes, um intérprete se sentiu à vontade para “derrotar” um comando claro da notação musical e o outro, não.

### **1.3.2. Do direito**

A fim de viabilizar a conexão desses problemas com o direito, contrastem-se aqueles casos com outros dois, desta vez jurídicos, a partir dos quais seja possível iniciar uma investigação teórica. A preocupação dos casos a seguir, de acordo com a mesma lógica dos casos anteriores, é explorar problemas nos quais os intérpretes, desta vez do direito, encaram dificuldades na interpretação de textos normativos claros, cuja aplicação poderia ensejar questionamentos sobre se de fato promoveu o melhor resultado ao caso concreto.

O primeiro tem como protagonista o juiz Cezar Peluso, nos tempos em que era magistrado de uma vara de família no Estado de São Paulo, décadas antes de ingressar no Supremo Tribunal Federal. O caso a ser narrado foi apresentado por Peluso na ocasião do projeto História Oral do Supremo, realizado pela Fun-

20 Seja a justificativa fundamentada em suporte teórico relevante ou um mero “não gostei”.

21 Balkin e Levinson (1991, p. 1599).

dação Getúlio Vargas. Na ocasião, Peluso concedeu uma longa entrevista sobre sua trajetória desde o início da carreira até sua vida após a aposentadoria do Supremo Tribunal Federal. Ele é magistrado de carreira, tendo sido juiz de direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até a indicação para a vaga do ministro Sydney Sanches no Supremo Tribunal Federal.

Em dado momento da entrevista, pediu-se que o juiz narrasse um caso que o marcou em sua carreira antes de ir para o STF. Ele respondeu o seguinte:

Não é um caso grandioso do ponto de vista das suas repercussões políticas, e econômicas ou sociais, mas é relevantíssimo do ponto de vista da vida pessoal. Era uma baiana, que moveu uma ação contra aquele que constava no registro como pai dela, e contra o irmão dele que não constava no registro. O que tinha acontecido? Eram dois irmãos. Um deles teve essa filha fora do casamento, e o outro irmão, para não causar problema para a mulher do pai, que era casado, assumiu a paternidade da menina, e ali eles passaram a conviver como se ele, o tio, fosse o pai dela. Só que o psiquismo tem uma coisa que alguns chamam de pantominésia do inconsciente, que é o seguinte, que é base hoje da teoria que não se pode esconder nada de quem é adotado, nada, porque o adotado mesmo que não fale, o inconsciente capta que ele não é filho daquela pessoa, ele capta aquilo. E ela captou aquilo. Como ela não tinha certeza absoluta e não tinha uma certeza formal, ela desenvolveu como defesa uma [...] bronquite asmática psicogênica. Gerada por um conflito inconsciente. Ela entrava em crise, entrava em bronquite. Terrível! A moça sofrendo pra burro. Ela entrou com uma ação em São Paulo porque ela estava morando em São Paulo, o fórum dela, e ficou provado por depoimentos de todos, inclusive do tio, que ela era filha dele, do irmão, que estava presente. E ela ouviu toda a instrução do processo, ouviu as testemunhas, ouviu depoimento, então ela tomou conhecimento de que ela era realmente filha do que constava como tio, mas que era o pai. Acontece que ela tinha perdido o prazo de decadência para reconhecer a paternidade, é um prazo de quatro anos depois que completa a maioridade. Ela tinha perdido o prazo. Então eu não podia declarar isso mais. Não podia. A lei impedia. O Código Civil impedia. Aí o que me ocorreu? “Já sei como vou fazer isso aqui.”<sup>22</sup>

---

22 Fontainha, Silva e Almeida (2015, p. 88-89).

Antes de examinarmos a resposta a que chegou o então juiz Peluso, partamos do exercício hipotético de que nós assumimos o seu lugar para julgar o caso, a fim de examinar quais são as regras incidentes no caso concreto e decidi-lo. Suponhamos que os fatos desse caso tenham ocorrido na vigência da Constituição de 1988. Há um enunciado normativo que exige do intérprete seu enfrentamento, que vai definir os rumos da decisão. Tal como Peluso falou, o Código Civil não permitia prosseguimento do caso por uma razão: há prazo decadencial excedido. O prazo decadencial de quatro anos a que Peluso se referia consta no art. 362 do Código Civil de 1916, cujo texto foi reproduzido em termos idênticos no art. 1.614 do Código Civil de 2002. Sua redação é a seguinte: “Art. 362. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

Assumindo a narrativa do juiz Peluso como um relatório, nós, na sua posição, estaríamos aqui diante de um caso fácil do ponto de vista técnico. Isso quer dizer que a lei (o texto normativo) oferece uma resposta clara, precisa e determinada para a solução do caso concreto. Assim sendo, enveredando num exercício silogístico típico da mais elementar doutrina de Teoria do Direito, a premissa maior é a de que configura decadência quando o prazo para o ajuizamento da ação de quatro anos é descumprido; a premissa menor é a de que já se passaram mais de quatro anos da maioridade da autora para o ajuizamento da ação de impugnação de registro de paternidade. Logo, a conclusão seria a de que o direito da autora restaria fulminado e, assim, seu pedido deveria ser julgado improcedente. Esse seria o resultado no caso de a regra de decadência ser a única fonte juridicamente relevante para produção da norma no caso concreto.

Contudo, ainda na posição do juiz Peluso, considere-se que todo o sofrimento, toda a dor pela qual passava a autora — sem prejuízo do real peso que possui — fosse suficientemente relevante a fim de atrair uma justificativa jurídica que pudesse derrotar a regra de decadência. Que isso atraia algum princípio constitucional. Ou, ainda que o sofrimento da autora não fosse relevante, que seria possível cogitar que um fato manifestamente verdadeiro não poderia ir de encontro a um registro público, o que constituiria justificativa suficiente para negar incidência da regra decadencial no caso concreto.

Esse debate não é nenhuma iconoclastia. A despeito de restar pacificado na doutrina majoritária que prescrição e decadência são institutos inflexíveis, emerge na comunidade jurídica, notadamente com a Constituição de 1988, a preeminência crescente da ideologia do direito civil-constitucional. Sobre os institutos de prescrição e decadência, filia-se à possibilidade de abertura para um exame casuístico dos institutos o jurista Anderson Schreiber, defensor da



corrente mencionada. Argumenta o referido doutrinador que, como o princípio da segurança jurídica é o vetor que norteia a existência dos institutos de prescrição e decadência, regras desta natureza não poderiam ter imperatividade absoluta. Ainda segundo Schreiber, o princípio que fundamenta tais regras tem igual estatura à de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88),<sup>23</sup> ou mesmo o princípio da verdade real dos registros públicos, que, segundo o próprio STJ, é uma face do próprio princípio constitucional da segurança jurídica.<sup>24</sup>

A derrotabilidade desta norma parece possível neste raciocínio. Isto é tão verdadeiro, que o Superior Tribunal de Justiça, o qual antes mantinha a aplicação da regra decadencial em casos semelhantes,<sup>25</sup> reformou seus precedentes para construir a tese de que “não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e a consequente anulação do registro com base na falsidade deste”.<sup>26</sup> Há, portanto, uma justificativa sedimentada na jurisprudência para que, a despeito de haver a regra a ser aplicada no caso concreto, ela possa ser derrotada pelo juiz em razão de princípios abstratos que julgou relevantes o suficiente para afastar sua incidência, e que assim possa ser feito. Flávio Tartuce é defensor dessa postura em concreto, nos seguintes termos:

Em relação à segunda parte do art. 1.614 do Código Civil — que consagra prazo decadencial de quatro anos para o filho menor impugnar seu reconhecimento a contar da maioridade —, a previsão tem sido afastada pela jurisprudência. Isso porque o direito à impugnação envolve estado de pessoas e a dignidade

23 “A matéria encontra-se, todavia, em aberto no campo de reflexões do civilista contemporâneo: se a segurança jurídica, principal inspiração da prescrição e decadência, é todo o tempo ponderada à luz de outros interesses constitucionalmente protegidos, qual o efeito dessa ponderação sobre os prazos prescricionais e decadenciais? Reconhecer tal espaço de ponderação não significa arruinar o instituto da prescrição nem lançá-lo em um processo progressivo de ‘decadência’. Muito ao contrário: a segurança dos prazos fixos será meramente ilusória se sua aplicação for desacompanhada de qualquer preocupação com a realização dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Decisões judiciais que, amparadas em um exercício genuíno de ponderação, detalhadamente motivado, afastam, em dadas hipóteses, os efeitos drásticos do decurso dos prazos legais não representam aberrações nem arbitrariedades, podendo ser debatidas (e reformadas) por meio dos recursos próprios, como já ocorre em tantos campos onde a aplicação direta dos princípios constitucionais impõe um controle judicial da ponderação efetuada em sede legislativa.” (SCHREIBER, 2020, p. 445-446).

24 STJ. REsp 1.123.141. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 07.10.2010. “O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica. Por isso que necessita espelhar a verdade existente e atual e não apenas aquela que passou.”

25 Por exemplo, STJ, REsp. 38.856/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. D.J. 21 de junho de 1994.

26 STJ. REsp 987.987. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 05.09.2008.

humana, não estando sujeito a qualquer prazo. [Cita precedentes do STJ.]<sup>27</sup>

Voltando ao caso concreto, se não se sensibilizasse à incidência desses princípios, reconheceremos que, do ponto de vista técnico, se trata de um caso fácil. A regra de decadência orienta para uma resposta clara, precisa e determinada ao caso concreto. Todavia, como foram levantados princípios que vão de encontro à aplicação dessa regra ao caso concreto, caberia ao juiz escolher se a resposta jurídica mais adequada seria aplicar o texto normativo citado, ou derrotá-lo mediante a construção teórica desenvolvida a partir da manipulação dos princípios impostos pela Constituição.

E como Peluso decidiu? O juiz era absolutamente sensível à literalidade da regra a despeito de ela criar uma situação no mundo que frustrava a sua expectativa. O fato de o caso ter acontecido no fim dos anos 1970 coloca o juiz em uma situação em que o peso das regras — daquilo que está escrito no texto normativo — quando providas de tamanha clareza, não daria tanta margem principiológica para desviar de sua aplicação, a despeito de atualmente se negar eficácia à regra.<sup>28</sup> Peluso, decidindo o caso magistralmente, sustentou que a autora tinha direito subjetivo, como *obiter dicta*, mas afirmou que o direito objetivo não lhe garantia esta prestação jurisdicional, *in verbis*:

Eu dei uma sentença dizendo tudo isso: “Ela é filha dele, sim, por isso, isso, isso...” Aí cheguei ao fim e disse: “Mas, infelizmente, não posso declarar isso na sentença, tal, julgo a ação improcedente”. O advogado dela, falecido, ele chegou para mim e disse assim: “Nós não vamos recorrer da sua sentença”. Eu falei: “Por quê?” “Porque do ponto de vista jurídico é inútil, do ponto de vista prático, para nós é suficiente. Pra ela, ela vai ser curada dessa bronquite só com essa sua sentença”. Porque isto que interessava para ela, uma declaração formal de que era filha do outro. Então isso não tem repercussão nenhuma, mas do ponto de vista do exercício profissional, pra mim foi importantíssimo.<sup>29</sup>

Conforme será examinado mais adiante, na seção 3.2 deste trabalho, observa-se aqui uma típica situação em que o direito oferece uma resposta clara para o caso, mas cujo resultado se reputou ruim. Embora o juiz Peluso tenha

27 Tartuze (2018, p. 1545).

28 Vale lembrar que a Constituição de 1967, em seu art. 150, §3º, trata da segurança jurídica nos mesmos termos da Constituição de 1988.

29 Fontainha, Silva e Almeida (2015, p. 89).

feito considerações nesse sentido e redigido acerca da verdade fática em *obiter dictum*, aplicou-se a regra a despeito do seu resultado.

O segundo caso jurídico, que trata de interpretação constitucional, envolve um tema que fixou a atenção de juristas e leigos no Brasil por sua sensível gravidade: a possibilidade de execução provisória da pena após a última decisão em segunda instância. A despeito de se tratar de um assunto controvertido no desenvolvimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o objetivo de apreciar esse caso não tem a ver com os inúmeros debates jurídicos que são travados para a solução do problema, mas tão somente examinar alguns aspectos do tratamento hermenêutico dado a uma regra específica que tem centralidade à discussão: o art. 5º, LVII, da Constituição.<sup>30</sup>

Apesar de a dimensão que aqui se quer examinar estar adstrita ao exame da interpretação e aplicação de uma única regra constitucional, é pertinente um breve panorama acerca do desenvolvimento do tema desde que a Constituição de 1988 passou a vigorar. Entre a sua promulgação e o julgamento do HC 84.078/MG, o primeiro julgado notável sobre o tema, era pacífico o entendimento de que a execução provisória da pena prescindia do trânsito em julgado. Esse entendimento era escancarado na Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor era o seguinte: “[a] exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

O tema se traveste de tamanha sensibilidade, porque o próprio Supremo Tribunal Federal, em um intervalo de exatos 10 anos (entre 2009 e 2019), mudou de entendimento três vezes, alternando-se entre os dois polos verticalmente antagônicos de admissão ou inadmissão da execução antecipada da pena em segundo grau.<sup>31</sup> A primeira vez foi em 2009, no âmbito do já citado HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau). Na ocasião, o tribunal, por maioria de 7 votos a 4, entendeu que a execução provisória da pena feria o art. 5º, LVII, da Constituição.<sup>32</sup> Na segunda vez, em 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. Teori Zavascki)<sup>33</sup> e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (Rel.

30 Teor do dispositivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

31 Diz-se verticalmente antagônicos, porquanto houve uma iniciativa por parte de alguns ministros da Corte de oferecer um caminho intermediário em que a pena poderia ser provisoriamente executada a partir da negativa de seguimento do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, algo que o ministro Marco Aurélio chegou a sustentar como posição alternativa no seu voto na ADC 43-MC Cf. BRASIL. ADC 43 e 44. Rel. Min. Marco Aurélio. dJE 06.03.2018, p. 23 (p. 11 do voto do ministro).

32 Observe-se o cabeçalho da ementa: “HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.” (grifos nossos).

33 Transcreve-se a ementa: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Min. Marco Aurélio),<sup>34</sup> quando o tribunal fixou que a execução provisória da pena não violava a regra constitucional examinada. Em ambas, de igual forma, por maioria: 7 votos a 4, e 6 votos a 5, respectivamente. Por fim, em 2019, no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44, em sede abstrata e *erga omnes*, retornou-se ao estado de coisas inaugurado pelo *habeas corpus* relatado por Eros Grau em 2009. O julgamento, mais uma vez, foi por maioria de 6 votos a 5.

Esta sucessão de controvérsias por apertadas maiorias demonstrou a dificuldade de o tribunal pacificar o tema. Apesar de diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais serem aplicáveis à matéria, não havia dúvidas de que o grande vetor da decisão se fundamenta no art. 5º, LVII, da Constituição, sob o qual todos os ministros examinaram sua interpretação e travaram um debate profundo sobre a *clareza* do dispositivo e sua aplicação. É esta a dimensão da discussão em que se busca, descritivamente, se ater.

O art. 5º, LVII, da Constituição não possuía enunciados semelhantes nas constituições brasileiras anteriores,<sup>35</sup> sendo verdadeiramente uma nova regra constitucional de tratamento do réu que se tornaria relevante enquanto fonte de direito para a conclusão sobre o tema. A questão é que as manifestações de alguns ministros revelaram críticas profundas acerca de como interpretar o dispositivo.

De um lado, defendeu-se que o dispositivo é claro e autossuficiente, sendo que sua não aplicação poderia ensejar até mesmo a inutilidade da Constituição. Foi como se manifestou o ministro Eros Grau na primeira assentada de 2009:

Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese

---

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado." (grifos nossos).

34 Transcreve-se a ementa: "MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. **COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.** ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA." (grifos nossos).

35 Cf. BRASIL. ADC 43, 44/MC — Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p./ acórdão, Min. Edson Fachin, dJE. 06.03.2018, p. 117 e 235.

não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, **aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.**<sup>36</sup> (grifos nossos).

Ao enfrentar o argumento de que “os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal”, sustentou ainda o ministro:

Ora, [...] a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição, melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...<sup>37</sup>

O ministro Marco Aurélio, já na ocasião dos julgamentos ocorridos em 2016, adotou tom semelhante ao do ministro Eros Grau, seja na defesa da clareza do comando do dispositivo como também na gravidade de se abandonar este sentido “claro” oferecido pela Constituição, *in verbis*:

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. **Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.** [...]

**Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo,** enquanto última trincheira da cidadania. Consoante fiz ver ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292:

36 BRASIL. HC 84.078. Rel. Min. Eros Grau. dJE 26.02.2010, p. 15.

37 BRASIL. HC 84.078. Rel. Min. Eros Grau. dJE 26.02.2010, p. 17-18.

**O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.<sup>38</sup> (grifos nossos).**

Veja-se que ambas as posturas se assemelham àquela que se adotou no caso Peluso: uma abordagem hermenêutica em que o direito se opera mediante um apego ao texto normativo, sendo de importância secundária, ou mesmo irrelevante, às razões que motivam a existência do enunciado.<sup>39</sup>

De outro lado, uma postura antagônica, que impende apresentar, haja vista a profunda controvérsia acerca da interpretação do texto normativo examinado, exige que este texto seja lido em conformidade com outras variáveis relevantes que impõem limites a essa clareza enxergada pelos ministros Marco Aurélio e Eros Grau. Como se depreende dos votos da ministra Ellen Gracie (em 2009) e do ministro Edson Fachin (em 2016), consideram que a clareza do enunciado deve ser examinada em conformidade com outros elementos que são relevantes para a tomada de decisão.

A ministra Ellen Gracie sustenta que se o art. 5º, LVII, da Constituição não fosse lido em conformidade com outros dispositivos, chegar-se-ia a uma interpretação equivocada. Daí é possível inferir, por consectário, que se não fossem estes outros dispositivos, o texto do art. 5º, LVII, da Constituição seria claro naquilo que sustenta:

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como **extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo**, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. (HC 84.078, acórdão, pp. 124 e 125). (Grifos nossos).

38 BRASIL. ADC 43, 44/MC. Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Edson Fachin. dJE 06.03.2018, p. 15.

39 Leal (2017, p. 106).

Ao propor uma leitura conjugada do art. 5º, LVII, da Constituição com outros dispositivos, entende a ministra Ellen Gracie que aquele texto normativo não tem seu significado esgotado por si só, e justificou essa leitura em razão de um resultado no mundo que seria, a seu ver — citando ainda o ministro Rezek — uma “extravagância barroca”. Na mesma linha seguiu o ministro Edson Fachin na ocasião das cautelares das ADCs 43 e 44, ao sustentar que o resultado da aplicação “absoluta” da norma que é invocada implicaria em um resultado teratológico do sistema, nos seguintes termos:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. **Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar ‘trânsito em julgado’.** (ADC 43, 44-MC, acórdão, p. 40). (Grifos nossos).

O que se vê, portanto, são duas formas distintas de tratamento em relação ao que reza o art. 5º, LVII, da Constituição. Enquanto o comportamento adotado por Marco Aurélio e Eros Grau é formalista, ou seja, quando o texto é claro, “ele se torna referência suficiente para a decisão, bloqueando a consideração de outras razões capazes de justificar uma decisão em sentido contrário”,<sup>40</sup> aquele adotado por Ellen Gracie e Edson Fachin é não formalista, quando variáveis juridicamente relevantes advindas da aplicação literal do texto geram resultados que conflitam com outras variáveis que reputam relevantes, tais como o propósito do autor do texto normativo ou a viabilidade fática da sua aplicação no mundo real.

Divergências sobre como votar no debate constitucional suscitado são legítimas e razoáveis, porquanto haverá argumentos suficientemente persuasivos para se adotar cada uma das posições firmadas.<sup>41</sup> Independentemente do resultado a que se chegue em cada escolha jurisdicional nos casos expostos acima, o que se quer demonstrar aqui é que ao intérprete jurídico podem afligir problemas hermenêuticos semelhantes àqueles que são enfrentados em interpretação musical: quando um texto é claro, preciso e determinado, qual é a legitimidade de um intérprete para não aplicar o seu comando em razão do seu resultado?<sup>42</sup>

40 Leal (2017, p. 107).

41 Leal (2017, p. 107).

42 Perguntas como essa orientam imediatamente para um debate sobre derrotabilidade de regras, tendo como “carro-chefe” o controle de constitucionalidade. Todavia, não é incomum que juízes se valham de outras vias — ou usem o controle de constitucionalidade difuso inadequadamente — para deixar de aplicar textos normativos incidentes ao caso concreto.

Note-se que o simples fato de ter havido uma semelhança da natureza dos problemas que afligiram tanto o intérprete jurídico como o intérprete musical, nos casos suscitados, implica dizer que a analogia utilizada pelo ministro Teori Zavascki não é um mero artifício retórico. Além da sua pertinência, sua devida investigação tem a expectativa de poder trazer algo de útil para a construção de avanços na solução de problemas de interpretação do direito. Entretanto, como a própria prudência sugere, há de se ter parcimônia na elaboração desse contato entre direito e música, porquanto a conexão entre duas realidades distintas não é óbvia e requer demonstração.

Dessa forma, este trabalho prossegue em duas partes sucessivas. A primeira é descritiva. Buscam-se identificar e desenvolver alguns pontos de conexão entre direito e música no campo da interpretação, mas sem qualquer pretensão de esgotá-los. A segunda parte é normativa, visando defender, partindo da validade das premissas tomadas no plano descritivo, que a observação de posturas hermenêuticas adotadas no plano da música é útil para iluminar alguns vetores que orientam a interpretação no direito. A justificativa da parte descritiva se deve ao fato de que não se pode propor a utilidade de mecanismos de solução de problemas de interpretação musical para a hermenêutica jurídica sem que a devida imbricação seja demonstrada pelo menos em algumas dimensões.

Por essa razão, são apresentados alguns pontos de conexão que entendo existirem entre direito e música no plano da interpretação, sem, no entanto, pretensão de esgotá-los.

## 2. Pontos de conexão

### 2.1. Considerações iniciais

Qualquer esforço em se propor que direito e música possuem pontos de conexão que viabilizem o estudo de uma aproximação deve ser precedido de um cuidado teórico. Tanto direito como música são vocábulos que abrigam uma miríade de conceitos em distintas dimensões. Por isso, é de suma importância que se delimitem as formas pelas quais se compreende direito e música, a fim de que não se comprometa nenhum dos pontos de interseção que se busca propor nessa seção do trabalho.

Para que se possa precisar qual é a noção de direito que se aborda no presente trabalho, recorre-se a Tércio Sampaio Ferraz Jr., que, em sua obra *Introdução ao estudo do direito*, orienta o exame da ciência do direito por dois enfoques teóricos: o dogmático e o zetético. Enquanto a abordagem zetética do direito está notadamente mais preocupada com uma observação descritiva



do direito (ou seja, o que é o direito), a dogmática está mais preocupada com uma função prescritiva do direito (ou seja, o que *deve ser* o direito).<sup>43</sup>

Quando se fala em direito nesta pesquisa, foca-se tão somente na perspectiva dogmática. Isso impõe uma observação ao objeto *direito* orientada na exigência de uma vinculação a normas, que se manifestam através de enunciados normativos, e uma pressão para decidir conflitos frente às possibilidades que estes textos oferecem.<sup>44</sup> O recorte se faz mais profundo quando Ferraz Jr. nos alerta de que a visão dogmática do direito se divide em três dimensões que guardam fronteiras muito opacas: a normativa, que compreende a ciência direito como produto de uma ordem sistematizada de regras para obtenção de decisões; a empírica (ou decisória), em que se encaram as condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético; e a **hermenêutica**, que se preocupa com a extração de um sentido dos símbolos das palavras que veiculam um comando normativo frente a um conjunto de fatos sobre os quais uma decisão é exigida. É sobretudo com este último prisma que se preocupa esta pesquisa. Quando aqui se fala em direito, fala-se, portanto, em uma compreensão do direito enquanto uma *ciência dogmática hermenêutica*, na qual o intérprete — o operador que protagoniza essa ação — não pode desconsiderar um texto normativo para tomar uma decisão e precisa dominar um instrumental teórico para extrair um significado legitimado por mecanismos canônicos de interpretação.<sup>45</sup>

No plano musical, atribui-se à música um conceito convencional de que se trata da “arte de combinar os sons simultânea e sucessivamente com ordem, equilíbrio e proporção dentro do tempo”.<sup>46</sup> Além de ser uma arte, a música também é uma ciência, que exige um conjunto de competências que transcendem a capacidade de bem executar um instrumento musical. Sobre isso, é valiosa a lição de Bohumil Med, na introdução de sua obra *Teoria da música*. Lá, apresenta as diversas disciplinas agasalhadas por aquilo que chama de *Teoria geral da música*. Essa teoria, segundo o autor, revela o conjunto de competências exigidas de um músico para que realize sua atividade plenamente, *in verbis*:

Alguns instrumentistas limitam-se a dominar a técnica do instrumento. Esses nunca vão atingir a perfeição. Junto com a habilidade mecânica, precisam dominar a **ciência musical**, que se estrutura em várias disciplinas: *teoria (básica) da música*, solfejo, ritmo, percepção melódica, rítmica, tímbrica e dinâmica,

43 Ferraz Jr. (2018, p. 18-29).

44 Ferraz Jr. (2018, p. 28).

45 Ferraz Jr. (2018, p. 64-65).

46 Med (1996, p. 11).

harmonia, contraponto, formas musicais, instrumentos musicais, instrumentação, orquestração, arranjo, fonética e fisiologia da voz, psicologia da música, pedagogia musical, história da música, acústica musical, análise musical, composição, regência e técnica de um ou mais instrumentos musicais.<sup>47</sup> (Negritos do autor; itálicos nossos).

Dentro desse conjunto de competências que se exige de um músico para exercer seu ofício em plenitude, o autor insere aquilo que chama de *teoria básica da música*. Bohumil Med entende por esse conceito, que é um subconjunto do que chamou de teoria geral da música, aquilo que se preocupa em compreender a **grafia musical e o seu significado** e os sistemas musicais (conceitos elementares que compõem a linguagem musical [ex.: acorde, escalas, intervalos, modos, tons etc.]). É, portanto, no âmbito da grafia musical e seu significado que se estabelece a noção de música através da qual se pretende criar uma ponte com pontos de conexão com o direito, sendo que este tem seu significado limitado na dimensão daquilo que se entende por uma ciência dogmática hermenêutica.

Em síntese, esta seção busca demonstrar a viabilidade de aproximar direito e música encarando-os como **teorias de interpretação**, o que faz com que se assumam um conjunto de premissas semelhantes. Isso significa que se defende o argumento de que ambos se preocupam com práticas interpretativas orientadas pelo texto, além de comportarem debates sobre a legitimidade dessas interpretações.<sup>48</sup>

Conforme já salientado, essa investigação é consequência do fato de termos identificado nos casos narrados na seção anterior que os respectivos protagonistas são intérpretes enfrentando problemas de decisão, seja no direito, seja na música. Cada qual vai recorrer aos artifícios teóricos de sua formação para poder solucionar esses problemas. Em razão de termos observado que tanto o intérprete musical como o do direito se fizeram a mesma pergunta sobre a legitimidade de tomar uma decisão em sentido diverso do texto, essa semelhança supõe que os cânones de interpretação musical para enfrentamento do problema poderiam iluminar, em alguma extensão, a jurídica (e vice-versa).

Todavia, não é possível buscar uma similitude musical em problemas de interpretação jurídica se não forem identificados os pontos de conexão entre direito e música no plano da interpretação capazes de justificar esse intercâmbio.

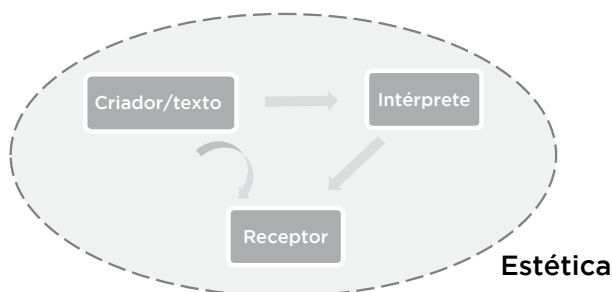
Para iniciar essa investigação, retomemos a analogia apresentada pelo ministro Teori Zavascki, ao dizer que a norma não é aquilo que está escrito,

47 Med (1996, p. 9-10).

48 Manderson (2011, p. 1).

mas o que o intérprete diz que está escrito. Nessa mesma lógica que seguia o ministro, infere-se que, de igual forma, a partitura não é a música, mas aquilo que o intérprete extrai dela. A metáfora envolve a presença de três elementos relevantes: “aquilo que está escrito”, “o intérprete” e, implicitamente, aquele que vai receber a interpretação feita pelo intermediário. Uma dedução possível dessa ideia apresentada é que, tanto no direito como na música, há uma interação entre o texto (e seu criador), aquele que extrairá seu significado e aquele que receberá a interpretação feita. Balkin denomina esse circuito “criador-texto/intérprete/receptor” de *triângulo de performance*.<sup>49</sup> Além desses três elementos, estou propondo que há um quarto: a influência da ideia de estética na interpretação musical, o que é intuitivo, mas também, e sobretudo, na jurídica.

Cabe, portanto, examinar um a um.



## 2.2. Texto, linguagem e comunicação

O primeiro dos três elementos de semelhança trazido por Zavascki é “aquilo que está escrito”. Em outras palavras, é o texto. O texto é um elemento intrínseco à ideia de direito, sobretudo em sistemas jurídicos cujo modelo de tomada de decisão seja orientado em regras e princípios inscritos em diplomas promulgados (ou outorgados) pelo poder competente (em oposição ao modelo consuetudinário). O adequado manuseio do texto é imprescindível para que o direito cumpra a sua razão de ser, sob pena de se tornar um mero instrumento para arroubos arbitrários dos seus aplicadores, porque a razão de ser do texto é exatamente impor um limite. Tal como nos ensina Fernando Leal:

[O] apelo ao texto remete a um conjunto de significados apreensíveis, independentemente de qualquer atividade construtiva, que, se não determina completamente os espaços de

49 Balkin (2013, p. 1691).

decisão dos seus destinatários, ao menos reduz as suas escolhas, a ponto de tornar algumas delas simplesmente inadmissíveis. O texto, com outras palavras, é encarado tradicionalmente no Direito como um limite da atividade decisória.<sup>50</sup>

O direito escrito, tal como se compreende hoje, sobretudo em países de tradição alemã (*civil law*), é produto de uma evolução que ocorreu com o passar do tempo.

[c]om o tempo e a evolução, inclinam-se os grupos sociais a estatuir as regras de conduta pela manifestação autoritária de um chefe ou de um órgão essencialmente incumbido de sua elaboração, e o direito se revela pelo comando emanado desta entidade, sob a forma de um mandamento ou de uma lei, imposto coativamente, e concretizado materialmente. A esta modalidade de manifestação da norma jurídica dá-se o nome de direito escrito, em contraposição à outra, apelidada de direito não escrito.<sup>51</sup>

A operação desse direito escrito, a que se refere Caio Mário, se dá através de palavras. E o conjunto dessas palavras que forma o texto jurídico normativo é instituído sobre um alicerce formal que o eleva à condição primária de fonte de direito. Falo das formas inscritas no art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil, não sendo elas exclusivas fontes de direito, mas sendo a expressão por excelência do Poder Legislativo. O direito escrito é, portanto, um dos aspectos notáveis que constituem a evolução histórica do princípio da separação dos poderes. Em um Estado democrático de direito, as autoridades constituídas pelo voto, pela legitimidade popular, entregam a tutela dos comandos normativos produzidos por eles a um poder que seja capaz de aplicá-los imparcialmente, sendo este o Poder Judiciário. O Poder Legislativo é o criador, por excelência, desse texto. Seu enunciado comunica ao Estado-juiz qual deve ser o comportamento a adotar quando determinados fatos da vida atraem a incidência de dispositivos legais.

Note-se que essa comunicação do direito, ao mesmo tempo que possui uma linguagem própria — a linguagem jurídica —, não é plenamente independente daquelas que se desenvolvem em outras áreas da atuação humana. A linguagem jurídica é bidimensional. Ao mesmo tempo em que é dotada de um caráter descritivo, porquanto o texto é um instrumento mediato para ideias aos quais ele pretende refletir, a linguagem jurídica é igualmente prescritiva, sendo

50 Leal (2017, p. 106).

51 Pereira (2017, p. 64).

esta característica a que completa sua condição de juridicidade.<sup>52</sup> Vive-se na era do enunciado normativo, da norma posta, em que o direito possui como fonte primária de direito a lei — o enunciado textual normativo.<sup>53</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Jr. demonstra o que é o texto normativo e qual é o seu papel. O texto jurídico se vale da linguagem verbal, porquanto é transmitido com palavras, que significam algo. “Significar é *apontar para algo* ou *estar em lugar de algo*. Signo é, pois, um ente que se caracteriza por sua *mediatidade*, aponta para algo distinto de si mesmo”,<sup>54</sup> diz o autor. As palavras são signos artificiais, linguísticos. Através do seu uso, nós damos sentido a uma outra ideia do que o próprio signo. Poder-se-ia trazer aqui o exemplo do professor H.L.A. Hart ao tratar de textura aberta da linguagem: “É proibida a entrada de veículos no parque.” *Proibido, veículo e parque* são os símbolos a que me refiro. O exercício do professor Hart girará em torno do campo semântico de “veículo”, e exigirá um esforço do intérprete, mediante certos métodos de interpretação, para determinar-lhe um sentido.<sup>55</sup>

Texto normativo não é (ou a boa técnica legislativa sugere que não deveria ser) como uma narrativa tal como praticada nos romances da literatura. Como apontado anteriormente, a linguagem adotada na redação dos enunciados é normativa, de forma que o vernáculo é empregado de maneira que tenha a essência de um “dever-ser”, elemento sem o qual não se poderia falar em linguagem dessa natureza (é proibido, é permitido, é obrigatório). Há de se encontrar algum elemento desta natureza para que se possa falar em linguagem normativa.

Tércio Sampaio ainda nos ensina que a operação do direito através do texto nada mais é do que uma expressão da comunicação humana. O direito se circunscreve a uma linguagem falada, ao passo que a música, a uma linguagem musical. Ensina-nos o autor:

Essa comunicação admite várias linguagens (falada, por gestos, pictórica, musical etc.). Em consequência, a descrição da realidade depende da linguagem usada, e em casos como o da música pode-se dizer até que a linguagem (musical) e a realidade (musical) se confundem.<sup>56</sup>

52 “É necessário dizer, também, que tais conflitos e contradições são expressos pelo direito através de uma linguagem, a linguagem jurídica. E a linguagem jurídica porta em si, mais que outras linguagens, postadas em distintos níveis do social, marcas e traços dessas demais linguagens, dos demais discursos do social — mesmo porque o social desenvolve diversos discursos.” (GRAU, 2014, p. 147)

53 Ferraz Jr. (2018, p. 47-55).

54 Ferraz Jr. (2018, p. 212).

55 Scheicara e Struchiner (2016, p. 87-88).

56 Ferraz Jr. (2018, p. 15).

A despeito do total e justificado enfoque à linguagem falada, a partir do qual se fundamenta a operação da interpretação/aplicação do direito, Tércio Sampaio deixa claro que a comunicação pode se dar por outros tipos de linguagem. Desenvolveu-se um mecanismo de comunicação de normas que ocorreu predominantemente através do texto. Segundo Manderson, o direito legislado poderia ter sido expresso na História através de imagens, por exemplo. Todavia, a tradição cristã, que desconfiava das imagens, acabou por rechaçar sua utilização na evolução do que seria uma tecnologia de comunicação normativa.<sup>57</sup> A comunicação do legislador para os julgadores seria mais precisa mediante o texto.

Do lado da música, haveria de se formatar um mecanismo de comunicação musical, em que o criador de uma obra pudesse transmitir o que gostaria que fosse executado em um instrumento musical. A grafia também foi o caminho, adaptada às peculiaridades que a música exige. Desenvolveu-se um tipo de comunicação em que seria possível veicular comandos que pudessem abarcar, com precisão, ideias de intervalo de tempo, de alturas, de timbres e de intensidade. Surgiu uma notação musical, desenvolvida para abarcar todas essas variáveis em seu texto. Da mesma forma, portanto, a comunicação entre compositor e o intérprete musical se deu mediante a grafia, ainda que não se trate de um tipo de texto que se valha de palavras, mas de notações que valorizem a precisa comunicação de elementos musicais para o intérprete.

Daí que é possível se extraírem dois argumentos: o primeiro é que a música assume, pelo menos em uma dimensão específica, a forma de linguagem, e o segundo é que a linguagem musical tem natureza igualmente normativa. Apesar do mantra popular de que “a música é a linguagem universal”, defender que música é linguagem constitui um debate espinhoso do ponto de vista filosófico e jamais se terá aqui a pretensão de esgotá-lo.<sup>58</sup>

---

57 Cf. Manderson (2000, p. 32).

58 Vladimir Jankélévitch, filósofo franco-russo que nega a natureza de linguagem da música, em sua obra, desautoriza Schopenhauer por dar à música a condição de linguagem. Este último filósofo dá à música a condição de mais elevada expressão da vontade, em estatura igual à das ideias platônicas, *in verbis*: “He [the man] alone, because endowed with the faculty of reason, is always looking before and after on the path of his actual life and of its innumerable possibilities, and so achieves a course of life that is intellectual, and is thus connected as a whole. In keeping with this, melody alone has significant and intentional connexion from beginning to end. Consequently, it relates the story of the intellectually enlightened will, the copy or impression whereof in actual life is the series of its deeds.” [...] “Melody, however, says more; it relates the most secret history of the intellectually enlightened will, portrays every agitation, every effort, every movement of the will, everything which the faculty of reason summarizes under the wide and negative concept of feeling, and which cannot be further taken up into the abstractions of reason. Hence it has always been said that music is the language of feeling and of passion, just as words are the language of reason.” (SCHOPENHAUER; PAYNE, 1968, p. 258-259)

Uma possível objeção a esses argumentos é a de que os signos adotados no texto musical são absolutamente diferentes dos que se adota no direito, que opera mediante o uso da palavra. Dentre as diversas plataformas de escrita musical, a partitura, como suscitou Zavascki, é a notável forma de expressão gráfica da música. Diferentemente das palavras, a notação musical, como o próprio nome sugere, está adstrita ao som e ao modo como ele é executado. Ela não tem a pretensão de servir como instrumento para se referir a quaisquer outras ideias, tais como as palavras pretendem. Por essa razão, no plano filosófico, há quem objete a “linguisticidade” da música, porque ela não tem o poder de transmitir ideias como as palavras.

Se não há linguagem, não há comunicação e, portanto, a comparação que se pretende fazer neste trabalho deixa de ter qualquer sentido. Há uma metáfora da qual se vale Vladimir Jankélévitch defendendo essa posição, ao dizer que assumir uma ideia de linguagem para a música significa incorrer em um preconceito metafísico,<sup>59</sup> *in verbis*:

Esta é a diferença entre o geômetra, o poeta e o flautista: o geômetra, como o código civil, diz exatamente o que tem a dizer para sustentar a sua demonstração, sem desperdícios nem subentendidos, sem floreios ou alusões — pois trilhos e arpejos não são assunto de matemático; o poeta, esse, diz outra coisa, ou de mais ou de menos, mas o próprio facto de amplificar ou de sugerir comprova que as suas palavras já possuem um sentido; quanto ao flautista, não exprime absolutamente nada, todo o seu discurso se reduz a arabescos e linhas e frases. A própria distinção entre frase e perífrase, entre locução e circunlocução, entre melodia e floreio ou fioritura denuncia, mais uma vez, o preconceito dogmático e pragmático segundo o qual a música, como linguagem, serviria para transmitir pensamentos.<sup>60,61</sup>

Entretanto, se tomarmos o triângulo de *performance* de Balkin como referência, a dimensão intrincada desse debate está apenas no momento da ex-

59 “De facto, o preconceito metafísico assenta na ideia de que a música é uma linguagem, uma espécie de linguagem cifrada cujo alfabeto são as notas da escala. A linguagem é o modo de expressão humano por excelência, o mais manejável e o mais volúvel, mas não é o único: o homem é um animal falante e, secundariamente, é um animal cantor.” (JANKÉLEVITCH, 2018, p. 29)

60 Jankélévitch (2018, p. 80).

61 “A música não é, então, nem uma ‘linguagem’, nem um instrumento para comunicar conceitos, nem um meio de expressão utilitária (pois nunca se é obrigado a cantar; no entanto, não é pura e simplesmente inexpressiva, nem o expressivo é um pecado!).” (JANKÉLEVITCH, 2018, p. 75)

pressão sonora da partitura, ou seja, quando o intérprete comunica à audiência a composição na forma de som. Mas no que concerne à interação entre o compositor e o intérprete por meio do texto, a objeção à natureza de linguagem dada à música é mais facilmente vencida. É de se ter em mente, de fato, que se a ideia de linguagem dependesse de uma demonstração empírica de que o compositor pode transmitir as ideias que pensa através de sons musicais, seria necessário discutir inúmeras acepções do que seja linguagem para identificar se a música, de fato, é ou não,<sup>62</sup> em uma aventura filosófica de difícil demonstração. É pela dificuldade de se provar que música é linguagem, nessa dimensão, que Jankélévitch, por exemplo, não admite que, ao ouvirmos uma obra qualquer, possamos acessar aquilo que se passava pela mente do compositor. A conclusão disso seria que a ideia de música enquanto linguagem é um pre-conceito metafísico, tal como adotou Schopenhauer.

De outro modo, se alterarmos o foco da observação para a interação entre o compositor e o intérprete, como mencionado anteriormente, tão somente através da notação musical, não há como se negar o caráter comunicativo da música. A partitura, enquanto plataforma da notação musical, é composta por signos artificiais mediatos que significam sons e as formas na qual eles devem ser executados. O texto musical, portanto, compõe um universo semântico particular, que não tem a ver necessariamente com as ideias que as palavras buscam significar, mas uma semântica estritamente sonora, limitada ainda pelo sistema temperado.<sup>63</sup> Dessa forma, ao mesmo tempo que é defensável, e correta, a justificativa de que a partitura musical não é capaz de transmitir uma carga semântica tal qual a linguagem verbal, ela é capaz de comunicar ao seu leitor qual o conjunto de sons e em que condições eles devem ser executados para identificar uma dada composição.<sup>64</sup> Esta é a linguagem musical, que não só comunica, como também prescreve. Jankélévitch inclusive entra em contradição

---

62 Ann Clark realiza um estudo sobre quatro possíveis acepções de linguagem pelas quais a música poderia se encaixar nesse conceito. Alguns prosperam e outros, não. Em uma acepção semiótica da música, Clark nega a ideia de linguagem: "There can be no semiotics of music if by 'sign' is meant one kind of thing which stands for, and hence is read as, another kind of thing. There cannot be a semiotics of music because musical structures cannot support semantics. A language or symbolic system is a system susceptible of interpretation. As such, it has to have some features which music does not have." (CLARK, 1982)

63 O sistema temperado é aquele que define um conjunto de sons limitados a doze tons (notas musicais) por oitava (intervalo entre duas notas na qual a primeira tem a metade ou o dobro da frequência da segunda). O sistema temperado não esgota todos os sons possíveis mediante os quais se pode fazer música, mas toda a prática ocidental se voltou ao uso desse sistema.

64 "Le problème [du langage], que nous ne prétendons pas résoudre ici, n'apparaît pas insurmontable si nous considérons la musique comme une structure formée significant, qui se sert d'un code sémiotique formé de signes mais pas de mots." (IZZO, 2007, p. 107)



ao sustentar, ao mesmo tempo, que música não é linguagem, em absoluto, mas que o músico pode propor um sentido que é normativo,<sup>65</sup> *in verbis*:

Mas a força do hábito, da associação e da convenção, consolidando a sugestão facinante do gênio, acabam por tornar organicamente **necessário** e quase **normativo** o sentido proposto pelo músico [compositor]. Ninguém pode conceber a *Sonata n.º 2* de Chopin numa tonalidade diferente de Si bemol menor ou a *Barcarola* numa tonalidade que não seja fá sustenido Maior [...].<sup>66</sup> (Grifo nosso).

Roger Scruton nega o pensamento de Jankélévitch de que considerar música como linguagem é um preconceito filosófico. Negar o caráter linguístico significa ignorar a coesão interna de como a música opera.

Music exists when rhythmic, melodic or harmonic order is deliberately created, and consciously listened to, and it is only language-using, self-conscious creatures, I argue, who are capable of organizing sounds in this way, either when uttering them or when perceiving them.<sup>67</sup>

A vantagem ainda do texto musical é que ele é dotado de muito mais precisão para veicular o pensamento do compositor do que o texto falado. Se para cada nota fosse necessária uma frase da linguagem falada, a interpretação e a execução se tornariam inviáveis. O tipo de notação que se desenvolveu com Guido de Arezzo no século XI, e se aperfeiçoou apesar dos tempos, dotou de uma enorme precisão a comunicação no sentido musical pretendido pelo compositor ao intérprete. Tanto que Stravinsky, ao comparar o cantor lírico com um intérprete de teatro, cuja atividade é orientada através da linguagem falada, diz que este tem muito mais discricionariedade na exploração do texto do que aquele. Não é só dever do intérprete musical a deferência à notação musical, como é da própria natureza dessa grafia ser precisa o suficiente para mais restringir a ação do intérprete, *in verbis*:

65 Essa questão levou Sébastien Cacioppo a se perguntar se é possível falar em um direito musical ao propor uma analogia entre a regra de direito e a regra musical. Ver Cacioppo (2017, p. 131-140).

66 Jankélévitch (2018, p. 74). Ele cita muitos outros exemplos nas reticências.

67 Scruton (2009, p. 6).

In addition, the language of music is strictly limited by its notation. The dramatic actor thus finds he has much more latitude in regard to *chronos* and intonation than does the singer who is tightly bound to *tempo* and *melos*.<sup>68</sup>

Há, portanto, uma comunicação realizada entre o compositor e o intérprete através da notação musical, e esta comunicação se dá por meio de signos artificiais (notação musical) que remetem ao som e à forma de executá-lo.

La fixation du discours musical à travers l'écriture et l'accomplissement de la fonction de distanciation [entre le créateur et l'interprète] opèrent d'une façon que nous trouvons analogue à celle du droit. En effet, le texte juridique se fixe à partir de l'utilisation du langage naturel, devenu langage technique au sens linguistique.<sup>69</sup>

E para que se faz necessário o texto para essas duas atividades? Se o criador do texto, seja jurídico seja musical, fosse capaz de estar presente para enfrentar cada caso concreto, não seria necessário um intérprete. Todavia, na seara da música, especialmente na época em que não se dispunha de tecnologias avançadas de gravação, reprodução e difusão de *performances*, não havia como o compositor instruir quaisquer intérpretes sobre como executar aquele texto, se não através do texto em si. Daí que se torna pertinente o ensinamento de Desmond Manderson, ao sustentar que, tanto para o direito como para a música, “[t]he power of the text corresponds, by definition, to the absence of the author, and therefore to his inability to impose in any direct sense his meaning or intention.”<sup>70</sup>

O mesmo opera com o direito, por razões pragmáticas e ideológicas. As pragmáticas envolvem o fato justamente de o legislador, sobretudo nas democracias, não ser uma figura una, logo não haveria como um integrante do Poder Legislativo se arrogar à posição de qual seria a melhor interpretação de um texto promulgado pela instituição que compõe. Não há como um juiz consultar o legislador sobre o que ele quis dizer com determinada norma a cada caso concreto. A ideia de vontade do legislador é, no máximo, uma metonímia se referindo à justificação do autor do respectivo projeto de lei, a considerações feitas pelo relator no momento de seu referendo ao projeto na comissão e a debates travados nas sessões legislativas. É evidente que estes elementos po-

68 Stravinsky, Knodel, Dahl (1947, p. 122).

69 Izzo (2007, p. 106).

70 Manderson (2011, p. 4).

dem compor a *ratio decidendi* do juiz, mas a ideia de vontade do legislador não é aquela proposta de legislador racional com capacidades metafísicas.<sup>71</sup> Um método de decisão orientado pela *mens legislatoris*, ainda que possivelmente mais institucional, possui altíssimos custos de decisão e de processamento de informações, com altas chances de imprecisão.<sup>72</sup> Por isso, Schauer propõe um modelo de decisão baseado em regras, em que a justificação subjacente ocupa um papel secundário:

When a legislature enacts a statute, it enacts a set of words, and at no time does it votes on a purpose or a goal or a background justification apart from the words. It certainly does not vote on the intentions expressed in the speeches or writings of individual legislators. Indeed, at times different legislators may well have different intentions or different purposes in mind, and the words enacted may represent the point of compromise among legislators with different goals and different agendas.<sup>73</sup>

A razão ideológica tem a ver com o princípio que rege a maior parte das democracias contemporâneas, que é a separação dos poderes. Uma vez que idealmente o legislador é um corpo que reflete a **representação de uma maioria**, é nele que se encontra a legitimidade para determinar, através do devido processo legislativo, o comportamento dos indivíduos que se submetem a um sistema jurídico. Os comandos dessas autoridades são emitidos pelo texto, por enunciados normativos, que são confiados às autoridades jurisdicionais para aplicá-los aos casos que são submetidos ao seu exame. Estes textos normativos que são promulgados devem ser entregues a um intérprete que não se oriente por valores efêmeros e oscilantes, mas tão somente pelo texto que a ele foi delegado defender. A delegação da interpretação e aplicação do direito a intérpretes neutros visa garantir que a própria vontade da maioria seja assegurada em defesa dela própria e das minorias. A razão institucional de que haja um agente neutro na aplicação do texto normativo faz com que estes enuncia-

71 Tércio Sampaio, citando Nino, aponta treze propriedades do legislador racional, sustentando que é uma figura singular, permanente, única, consciente, finalista, onisciente, onipotente, justa, coerente, onicompreensiva, econômica, operativa e precisa na sua atividade. Tratando-se este de plano teórico, a implicação na razão prática é a de que “[t]al exigência de compartilhamento de padrões mínimos de racionalidade é condição necessária de todo e qualquer ato interpretativo, dentro de uma teoria geral da interpretação de comportamentos. Atribuir intenções desarrazoadas ao agente interpretado simplesmente mina a possibilidade de interpretar, pois a identificação de sentidos normativos necessariamente pressupõe uma adequada conceptualização do agente interpretado”. (FERRAZ JR., 2018, p. 47-55).

72 Scheicara e Struchiner (2016, p. 76). V. também Vermeule (2011, p. 147-153).

73 Schauer (2009, p. 165).

dos, enquanto fonte de direito, assumam relevância primordial na atuação do juiz. Não há interpretação sem o objeto interpretado, e este objeto é (ou, pelo menos, deve ser) o texto.

Por fim, os juristas Desmond Manderson e Jahiel Ruffier-Meray propõem que há uma convergência histórica que justifica a semelhança entre direito e música no plano do texto. Segundo Ruffier-Meray, tanto o direito como a música de concerto seguem caminhos semelhantes no respectivo processo de *codificação*.<sup>74</sup> Desde o século XI, quando Guido de Arezzo construiu as primeiras noções do que viria a ser a partitura musical no tempo presente, até meados do século XVI, a música ocidental experimentou uma tradição musical puramente oral para uma mescla entre oralidade e escrita, expressa através de *neumas*, que são o embrião da grafia atual.<sup>75</sup> A escrita proporcionou uma comunicação de ideias musicais mais abrangente, permitindo que a transmissão da ideia composicional transcendesse seu escopo não só no espaço, mas também no tempo, nas gerações vindouras. Além disso, nesse intervalo temporal, havia uma enorme tradição da prática da criação espontânea, do improviso. Tal como nos ensina Manderson, “[m]uch of Bach’s greatest music cannot be fully understood without an appreciation of the rich tradition of music improvisation on which it relies”.<sup>76</sup> Uma evidência disso, apesar de já iniciado um movimento de apego ao texto, é o primeiro relato musical trazido neste trabalho, o *im-promptu* de Schubert. Do latim, *impromptu* significa improviso.

Da mesma forma o direito evoluiu. O direito era predominantemente costumeiro até que as primeiras redações oficiais dos costumes aparecessem entre o final do século XIII e o início do século XIV.<sup>77</sup> Ensina-nos Manderson que, na Inglaterra, o que se tinha como noção de lei nessa época era algo semelhante a uma carta, não uma prescrição, *in verbis*:

An early statute looks and reads like a letter, and that is what it was. “The King to his justices of the bench, greetings,” such letter might begin. Statute laws were not originally statements of norms. They were not intended to declare new doctrines or principles to be followed by a general public. They were *histories*,

74 “Ce qui est plus intéressant, c’est que le droit et la musique vont suivre la voie de la codification de manière concomitante.” (RUFFIER-MERAY, 2007, p. 239).

75 “She [Berger] asserts that even after the creation of the staff, orality was the chosen method of learning music. Notation served as an aide by reminding singers of chants that they already memorized. As the specificity of music notation increased, it did not radically replace the use of oral tradition. Instead, orality and music notation continued in complementary roles.” (STRAYER, 2013, p. 6-7).

76 Manderson (2011, p. 1).

77 “Les premières rédactions officielles des coutumes apparaissent à la fin du XIIIe siècle et au début du XIVe siècle, notamment dans le Midi.” (RUFFIER-MERAY, 2007, p. 239)

memos of agreement made at a particular meeting — a parliament — that record by and large procedural instructions from the king to its lieutenants, sheriffs, judges and so on, about how to execute that conversation.<sup>78</sup>

O enunciado normativo, com o passar do tempo, passou por uma evolução verdadeiramente tecnológica, cujo epítome se deu no Código Civil Napoleônico de 1804. Com essa evolução, uma postura que anteriormente atribuía maior liberdade ao intérprete (elemento que examinaremos na seção seguinte) passou a marchar em sentido contrário. Um avanço na precisão do comando normativo criou uma ideologia mediante a qual o intérprete não deveria fazer quaisquer considerações extratextuais para além das prescrições normativas que deveriam ser simplesmente aplicadas. Explica-nos Ruffier-Meray que “[c]e mouvement de mise par écrit du droit se poursuivra jusqu’à la ‘sacro-sainte’ codification napoléonienne dont le corollaire est bien sûr l’école de l’exégèse et le ‘culte de la loi’”<sup>79</sup>

O ponto defendido nessa aproximação entre direito e música é que o desenvolvimento do texto não teve somente a função de expandir o alcance no espaço e tempo, mas também de restringir a liberdade do intérprete quando tiver de aplicá-lo, a fim de buscar preservar a maior correspondência possível entre aquilo que o criador do texto propôs e a realidade que ele busca criar no mundo.

A defesa desse ponto tem razões históricas, pois a música muito influenciou o direito na sua construção teórica. O entendimento do direito enquanto ordenação racional, e não metafísica, contou com elementos de diversas outras áreas do saber, dentre elas a teoria da música.

Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento* sistemático. [...] O pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em conexão estreita com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da **música** e da astronomia para a teologia, para a filosofia e para a jurisprudência. (Grifo nosso)<sup>80,81</sup>

78 Manderson (2011, p. 2, grifo do autor).

79 Ruffier-Meray (2007, p. 240).

80 Ferraz Jr. (2018, p. 42).

81 Aqui, segundo Ferraz Jr., vigorou um período no qual o direito ficou menos adstrito ao texto e mais dependente de construções teóricas e artificiais. “Ora, o conceito de sistema é, conforme o testemunho de Wieacker (1967:275), a maior contribuição do chamado *jusnaturalismo* moderno ao direito privado europeu.” (FERRAZ JR., 2018, p. 43). Já se ressaltou, como também se fará adiante, que nesse período os intérpretes da música também não tinham o que Manderson chama de “ansiedade textual” dos compositores, ou seja, uma ansiedade de cumprimento autêntico do comando do texto. Cf. Manderson (2011, p. 3-7).

Mais à frente, no século XIX, Desmond Manderson e Jahiel Ruffier-Meray defendem que a consecução destes propósitos no direito e na música tem as mesmas razões e compartilham similitude histórica do papel do intérprete. Sugerem que a evolução do texto jurídico e musical se deu de forma a reduzir as possibilidades de o intérprete dele se desviar.<sup>82</sup> Notadamente no século XIX, não foi só a emergência do positivismo jurídico que prosperou na Europa, mas uma espécie do que seria de positivismo (ou melhor, textualismo) musical.

En termes plus historiques, Desmond Manderson a montré de façon convaincante comment l'abandon de l'improvisation en musique coïncide temporellement avec l'acceptation du formalisme juridique. L'accent sur la rationalisation est effectué par la centralité de la textualité et l'idée d'un véritable interprète est d'apporter une réponse à la volonté de l'auteur, que souffre d'une certaine "anxiété textuelle", comme il l'a défini.<sup>83</sup>

Não é demais repetir: ainda que o texto não seja capaz de esgotar o pensamento do autor, seu propósito foi para que se mantivesse o protagonismo do autor na criação de uma realidade no mundo, e não do intérprete. Seja porque o texto permite que as ideias de seu autor não dependam da sua presença no espaço e no tempo, seja porque o texto foi ganhando cada vez mais condições de ser mais preciso, a fim de que o intérprete não exerça maior atividade criativa.

Mas sem o intérprete, a criação do autor é apenas texto. E tal como nos ensina Sebastien Cacioppo, *in verbis*:

[L]a règle de droit qui n'est pas appliquée, qui ne fait l'objet d'aucune décision prétorienne, n'a *in fine* aucune utilité; [...] De même, une pièce musicale transcrite sur une partition rangée dans un tiroir, sans jamais n'être jouée, est condamnée à tomber dans l'oubli. Cela ne signifie pas, en revanche, que la musique écrite sur cette partition n'a aucun intérêt artistique, mais si personne ne l'exécute, elle restera à jamais amputée de sa finalité: être entendue du public.<sup>84</sup>

82 "O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites." (FERRAZ JR., 2018, p. 48).

83 Izzo (2017, 95).

84 Cacioppo (2017, p. 133).

Quem dará sentido ao texto na irremediável ausência do autor é o intérprete. E é sobre ele que, ainda a partir da analogia de Teori Zavascki, agora se iniciam algumas considerações.

### 2.3. A necessidade do intérprete

*Legislature is like a composer. It cannot help itself: it must leave interpretation to others, principally to the courts.” (Jerome Frank)<sup>85</sup>*

No segundo elemento examinado na analogia, Teori Zavascki fala “daquele que diz o que está escrito”. Em outras palavras, trata do intérprete enquanto agente criador da norma. Rememore-se que a analogia de Zavascki trabalha com a ideia de que a norma não é o que está escrito, mas aquilo que o intérprete diz que está escrito. Daí se extrai que o intérprete, que executa um exercício criativo orientado a partir de uma fonte escrita, é aquele que diz o que está escrito no texto normativo interpretado. A princípio, ele é um intermediário necessário para que tanto o direito como a música se completem.

Caso se parta da premissa que o intérprete é um intermediário necessário para que o direito e a música se completem, é possível indagar: quem são seus respectivos intérpretes?

Mas antes de enfrentar a questão da relevância do intérprete para a operação do direito e da música, é imprescindível rememorar que nem o jurista nem o músico têm suas atividades adstritas à interpretação e aplicação/execução de textos. Esta é apenas uma dimensão de muitas atividades que exercem.

O operador do direito não é um simples técnico. Ele não se presta somente a extrair significados de textos normativos e aplicar a casos concretos — seja numa tese, seja na produção de uma decisão. Ser jurista é algo de dimensão múltipla. Significa, entre tantas atividades, pensar as instituições que vigem em um sistema jurídico para a consecução mais eficiente de objetivos constitucionais, propor ao legislador enunciados normativos orientados por técnica legislativa adequada, observar o impacto do direito nas outras áreas da realidade humana (sociedade, economia e cultura, por exemplo).<sup>86</sup>

De igual forma, ser músico implica atividades que transcendem ler uma partitura. O músico não opera apenas no plano da interpretação, sendo que esta atividade é a que menos exige a criatividade, valor tão caro para qualquer prática artística. São competências do músico, além da interpretação, a composição, o arranjo e a improvisação. Para a composição como para o arranjo

85 Frank (1947, p. 1264).

86 Estas atividades compõem o que Ferraz Jr. chama de “zetética jurídica”. (FERRAZ JR., 2018, p. 23).

nem sequer é necessário que o músico seja capaz de executar um instrumento ou o faça com maestria. O que é necessário para o exercício dessas duas competências é o domínio das técnicas de notação e análise<sup>87</sup> musical, e não a fluência instrumentística. Como a própria natureza do substantivo *instrumento* propõe, ele é totalmente dissociado da música em si. Pianos, violinos, guitarras, violões, ou mesmo a mesa de DJs, não são imprescindíveis para que a música exista, mas é somente através dos instrumentos que os indivíduos não familiarizados com didática da música podem ter acesso a ela. Compor, arranjar e improvisar são atividades que a criatividade do músico, na dimensão mais profunda, é potencializada por uma orientação adequada, mediante o uso de técnicas e ferramentas em que são obtidas pelo estudo e exercício constantes. A lição de Bohumil Med, citada nas considerações iniciais a esta seção do trabalho, bem ilustra isso.

A atividade de interpretar musical e juridicamente, tal como os casos apresentados na seção anterior podem sugerir, possuem dimensões semelhantes. Ao intérprete cumpre comunicar um texto emanado por um criador a uma audiência de uma outra forma, sendo que esta só pode ter acesso ao sentido da prescrição produzida por aquele através da ação que este mediador exerce.<sup>88</sup> Interpretar é uma habilidade que requer do intérprete um instrumental teórico e prático que viabilize a extração do sentido do texto conforme determinados cânones técnicos. E a imprescindibilidade do intérprete, seja para o direito seja para a música, é justificada seja pela incapacidade do receptor da interpretação de acessar adequadamente o sentido do texto, como também pela necessidade de fazer cessar controvérsias derivadas da vagueza e da textura aberta que os textos ontologicamente carregam. Vale reforçar: o intérprete pode ser considerado o comunicador de uma mensagem, seja ela semântica, se se utilizar das palavras, seja ela sonora, se se utilizar dos sons.

Os intérpretes musicais e jurídicos vinculam, respectivamente, ouvintes e litigantes. A necessidade do intérprete, tanto no direito como na música, se impõe por duas justificativas. A primeira porque o receptor final do texto originário não é capaz de receber o seu sentido autonomamente, dependendo de alguém que domine a tecnologia da respectiva área para compreender esse texto. Já a segunda é a necessidade de que uma mesma comunidade comunique de uma mesma interpretação sobre um mesmo texto nas mesmas circunstâncias, ainda que o receptor final seja capaz de extrair significados adequados

---

87 Esta competência inclui o estudo de harmonia funcional, contraponto, ritmos, solfejo, entre outras disciplinas.

88 Ao mesmo tempo que o intérprete musical transforma um mesmo objeto da sua expressão de notação musical em som, o intérprete jurídico se vale de operações técnicas — sistemática, gramatical, histórica e teleológica — para reformular parafrasisticamente o mesmo objeto. Ou seja, transforma o meio de expressão do objeto. (FERRAZ JR., 2018, p. 239).



do texto. A primeira justificativa, portanto, é uma razão de ordem *cognitiva*, enquanto a segunda, de ordem *autoritativa*.

Examine-se, portanto, cada uma dessas justificativas apresentadas, a começar pelo direito.

A interpretação jurídica não é uma atividade exclusiva do juiz. Advogados, auditores, delegados, professores e os próprios cidadãos também o fazem. A produção de normas não está adstrita ao juiz, porquanto as atividades do cotidiano são diretamente afetadas pelo direito. Isso é facilmente detectável com exemplos do cotidiano, senão vejamos: o simples fato de parar o carro diante do sinal vermelho significa que a interpretação de um sinal luminoso (que nem sequer é um texto verbal) é capaz de prescrever um comportamento jurídico que, uma vez adimplido, se esgota ali; ou, quando alguém que proceder com a sua declaração de imposto de renda e não cair na “malha fina”, envolve-se de igual forma em um conjunto de interpretações de diversos textos que gera inúmeras normas criadas por intérpretes do direito que não o juiz, mas o cidadão comum.<sup>89</sup> Há uma infinidade de contextos em que essa interpretação pode operar e, portanto, se esgotar em uma relação direta entre o legislador e o cidadão. Aquele foi capaz de prescrever uma conduta sem depender de que um intermediário a impusesse ao jurisdicionado, de forma que a prescrição ali se completou.<sup>90</sup> Se considerarmos que a criação da norma por um intérprete final diferente do juiz é uma realização plena do direito, então se entende que o direito teria, pelo menos, uma dimensão autográfica, ou seja, “o autor [legislador] contribui sozinho para a realização da obra”.<sup>91</sup> Se o direito pudesse se realizar em conformidade com os exemplos apresentados, para que seria necessário o juiz?

Todavia, é intuitivo observar que se o direito fosse plenamente autográfico — ou seja, independente de um intermediário cuja interpretação vinculasse os receptores finais do texto —, ele seria inútil. Isso porque, além do fato de a linguagem verbal ontologicamente carregar uma patologia que é a vagueza e sua textura aberta, a interpretação jurídica estaria sujeita a um amplo particularismo de quem interpreta e aplica a lei ao caso concreto. Se o direito fosse

89 Grau cita um exemplo semelhante que tomou de Carnelutti, *in verbis*: “O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã interpreta um texto — que coíbe o furto —, *produzindo norma*. Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991; 401], o homem faminto, então, ao interpretar a lei, desde o seu caso concreto, a aplica”. (GRAU, 2002, p. 76).

90 Kelsen já havia manifestado uma preocupação na qual o direito deve ser compreendido não só por aqueles que também o aplicam, mas pelos que somente o observam, *in verbis*: “[o]s indivíduos, que têm — não de aplicar, mas — de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas.” (KELSEN, 1998, p. 245).

91 Kelsen (1998, p. 245).

autográfico, tal como a literatura, a pintura e o cinema são artes autográficas, ele não seria capaz de dirimir conflitos, muito menos de prescrever comportamentos para as pessoas que se submetem àquele sistema jurídico.<sup>92</sup> Diferentemente de uma prescrição de natureza “é permitido”, “é proibido” ou “é obrigatório”, teríamos aí um manual de orientações de conduta ao arbítrio de quem o interpreta.

Isso não quer dizer que os destinatários finais dos textos normativos não possam divergir na sua interpretação. O próprio processo civil possui no fundamento de seu desenho a divergência na interpretação da lei, ao colocar sobre disputa uma pretensão resistida que se baseia na busca de a qual tese o sistema jurídico dará razão para a solução do conflito. Se a divergência na interpretação da lei persevera, como o próprio instinto sugere, o caos passa a imperar, na medida em que conflitos não podem ser solucionados. Daí porque uma autoridade há de ter o poder de eleger uma resposta possível dentre as corretas que podem ser extraídas de um texto normativo. Este é o intérprete autêntico de Kelsen, o juiz, que emana, mediante uma decisão, uma norma, um ato de vontade que *deve ser* produto de um ato de cognição dos textos normativos relevantes. Por esta razão há razões institucionais para incentivar juízes não apenas a dominarem a tecnologia referente à tomada de decisão com maestria, como também a permanecerem desincentivados à tomada de decisão por influências estranhas à operação de justificação da decisão jurídica. Isso justifica, por exemplo, as garantias constitucionais insculpidas no art. 95 da Constituição da República. A norma de decisão é uma atividade do juiz que visa pôr fim a uma divergência, vinculando as partes (*inter partes*) ou toda a jurisdição (*erga omnes*) a uma orientação interpretativa em detrimento de outras, a fim de resolver conflitos e gerar previsibilidade. Tércio Sampaio bem resume o que seja o argumento autoritativo:

O órgão interpretante *define-lhe* o sentido [da norma]. Definir, do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras. Essa definição, diz Kelsen, é produto de um *ato de vontade*. Trata-se de um “quero” e não de um “eu sei”.<sup>93</sup>

92 Não estou aqui ambicionando a criação de um conceito de direito, mas tão somente destacando alguns elementos que constituem finalidades do direito enquanto instrumento de regulação da vida em sociedade.

93 Tércio, adianta, reconhece na filosofia de Kelsen que o argumento autoritativo não é puro, nos seguintes termos: “Kelsen, evidentemente, não desconhece e até reconhece que tais atos de vontade estejam baseados em atos cognitivos. Até por dever de ofício, um juiz, por exemplo, tem que fundamentar sua sentença e dar à fundamentação uma coerência. Para isso, certamente faz uso de seus *conhecimentos doutrinários*. Não obstante, observa Kelsen, se houver um desequilíbrio entre ato de vontade e o de conhecimento, prevalece aquele e não esse.” (FERRAZ JR., 2018, p. 217-218, grifos do autor).

Note-se que nas artes em geral, diferentemente do que se opera no direito após a tomada de decisão, uma pluralidade de interpretações é inclusive desejável. Mas isso não significa dizer que qualquer interpretação seja válida, ainda que o objeto interpretado só não precise ser compreendido mediante um intermediário. E é por isso que é tão importante que o intérprete domine o instrumental teórico para vincular aqueles que serão impactados com o exercício de sua interpretação.

Se é dado que não vale qualquer interpretação quanto à arte em geral, menos ainda poder-se-ia admitir uma operação hermenêutica arbitrária no direito. Uma possível interpretação de texto normativo não precisa chegar a este alto grau de qualificação *ad absurdum* para que ela deva ser rechaçada, porque o direito precisa ser previsível. Para que ele bem oriente o comportamento humano, é imprescindível que os jurisdicionados estejam vinculados a um mesmo entendimento normativo em detrimento de outros, ainda que estes sejam possíveis.

O intérprete jurídico existe porque o direito não tolera a divergência quando se trata de qual deva ser a prescrição a ser adotada nos casos em que se atrai a incidência de textos normativos idênticos em condições fáticas semelhantes. Sua razão de ser é sobrepor a sua vontade — o seu significado do objeto interpretado — quando uma divergência lhe é apresentada. Ressalte-se que não se está querendo dizer que a divergência não é útil na construção de soluções de problemas jurídicos quando se enfrenta problemas em condições *de lege ferenda* ou *de jure constituendo*. É por essa razão que corpos legislativos e jurisdicionais são compostos, predominantemente, de colegiados, e não de autoridades singulares, com a única ressalva, no segundo caso, do juiz de primeira instância, cuja decisão estará submetida ao escrutínio de colegiados de toda forma.

Reforço que o direito não tolera divergência que prevê distintos tratamentos para casos semelhantes. Daí porque a interpretação em caráter final do direito é realizada por aquele que Hans Kelsen chama de intérprete autêntico, o juiz. Porque, além de delimitar o conjunto de interpretações possíveis dentro de uma moldura, ele é responsável por escolher uma delas e, com isso, vincular as partes em conflito na escolha que fez. Ou seja, a justificativa para a imprescindibilidade de um intérprete autêntico do direito não é puramente jurídica, mas jurídico-política, na medida em que o direito se esgota na delimitação de escolhas interpretativas que o intérprete autêntico pode fazer às margens de uma *moldura*. Esta é a lição de Fernando Leal, explicando a teoria de Kelsen, *in verbis*:

O resultado do procedimento interpretativo, como expressão dessa cognição, fixa, assim, apenas uma moldura que delimita

os resultados juridicamente possíveis relacionados à norma aplicável (KELSEN, 1934, p. 94 s.).

A escolha por uma dessas opções é considerada um ato de vontade do tomador de decisão, não de conhecimento do direito. Determinar qual das opções dentro da moldura pode ser considerada “correta” é, para Kelsen, um problema não relacionado ao conhecimento do direito positivo e, dessa forma, não é uma questão de teoria do direito, mas um problema jurídico-político.<sup>94</sup>

Por mais que se entenda que outra escolha diversa daquela que o intérprete autêntico fez poderia ensejar a melhor realização de valores ou consequências no mundo real, a norma editada pelo intérprete implica em seu acatamento e cumprimento, em prejuízo de todas as demais possibilidades que havia antes da decisão.<sup>95</sup> Sobretudo que agora, no Brasil, vive-se um movimento de uniformização dos precedentes imposto pelo novo Código de Processo Civil,<sup>96</sup> em que se busca enquanto valor do sistema jurídico a padronização decisória mediante casos semelhantes.

O que legitima a autoridade do intérprete é, sobretudo, o reconhecimento pelos seus pares, que ocorre por concurso ou por indicação política. E a fonte desse reconhecimento se dá (ou deve se dar) pelo preparo técnico, pela sua fundamentação. Tanto no direito como na música, a interpretação que tanto aqui se discute é orientada a partir das premissas de um texto. É preciso, portanto, compreendê-lo. E não é teratológico, de forma alguma, que se diga que é possível que interpretações distintas possam ser extraídas de uma mesma fonte. A questão é que, no direito, isso é bem menos desejável do que na música. Mas a liberdade que estimula diversas interpretações não é plenamente arbitrária. É como se depreende da lição de Stravinsky:

The submissiveness and culture that we require of the creator, we should quite justly and naturally require of the interpreter as well. Both will find therein freedom in extreme rigor and, in the final analysis, if not in the first instance, success — true success, the legitimate reward of the interpreters who in the expression of their most brilliant virtuosity preserve that modesty

94 Leal (2014, p. 256).

95 [L]e besoin de certitude qui distingue les textes juridiques, et qui ne se retrouve pas dans les textes littéraires, ouvert et sans conséquences pour leur interprétation, donc incapables d'assurer la stabilité du résultat de l'interprétation.” (IZZO, 2007, p. 123)

96 Vide, por exemplo, os arts. 489, VI, 926, 927 do CPC.

of movement and that sobriety of expression. That is the mark of thoroughbred artists.<sup>97</sup>

Por isso, o argumento autoritativo não é puro. Sua legitimidade depende de um segundo argumento: o cognitivo. Um exemplo interessante que justifica a necessidade do domínio do instrumental teórico para legitimar a ação autoritativa do intérprete pode ser extraído a partir de um ensinamento dado pelo professor Bernard Zirnheld, membro do Departamento de História da Arte e Belas Artes da Universidade Americana de Paris, quando ministrou uma disciplina sobre interações entre arte e política no Instituto de Ciências Políticas da mesma cidade. Era uma turma de intercâmbio. Os alunos dessa turma eram heterogêneos, cada um vinha de um contexto diferente: diversos países, distintas formações em nível superior, nem todos familiarizados a uma sensibilidade acurada do que seja o exame de obras de arte visuais (no caso, o foco era pinturas e esculturas).

Em razão disso, suas primeiras aulas tiveram o objetivo de familiarizar os estudantes à interpretação artística mediante uma apresentação panorâmica dos diversos movimentos artísticos que perpassaram a história, chamando a atenção para peculiaridades da estética, da história e de elementos individuais dos expoentes notáveis de cada movimento.

Após este panorama, o professor projetou, mas sem dar o nome, a obra *O massacre dos inocentes*, de Rubens<sup>98</sup> (Anexo 1), para que examinassem e apresentassem elementos conforme a observação de cada um e, assim, o orientasse a se manifestar. Note-se que o professor o fez antes de denominá-la e contextualizá-la histórica e artisticamente. Chamou à atenção do debate que as formas dessa pintura buscavam replicar autenticamente a forma humana, exagerar as expressões faciais e corporais e impor alguma visão de sagrado ao observador. Essa mesma pintura também fez com que os alunos que a observavam levantassem opiniões de que as pessoas representadas expressavam sensações de sofrimento, dor, morte e desespero. Até aqui, todos os elementos constituem partes válidas de uma interpretação da obra. Todavia, o professor contou um episódio no qual um aluno, ao examinar esta obra, viu que um dos personagens que segurava uma criança para arremessá-la portava um longo tecido vermelho. A partir deste elemento, este aluno procedeu em uma interpretação verdadeiramente inusitada: vermelho, no seu entendimento, repre-

97 Stravinsky, Knodel e Dahl (1947, p. 127-128).

98 RUBENS, Peter Paul. **The Massacre of the Innocents**, 1610, óleo sobre tela, 142x183 cm, The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario. É uma pintura cuja inspiração foi extraída da passagem bíblica do livro de Mateus 2:16-18, na qual é narrado que Herodes determinou que todas as crianças com menos de dois anos fossem mortas, porque dentre elas estaria Jesus, uma ameaça ao poder do rei Herodes.

sentava a cor do amor, e, portanto, esta seria uma obra que relatava a paixão, o amor e noções afins.

A interpretação que este aluno fez se esgotou nele, mas não necessariamente significa que ela é tão persuasiva quanto a daqueles que fundamentaram em sentido diverso. Um dos princípios que regem a interpretação artística em geral, a ser retomado em seção posterior, é que algumas interpretações são melhores que outras, não necessariamente porque estão no plano do certo ou errado, mas porque são “mais razoáveis, persuasivas e mais prontamente aceitáveis”. É a lição de Terry Barrett ao examinar princípios sobre a interpretação da arte, *in verbis*:

**Some interpretations are better than others.** This principle defends against often heard objections by those not knowledgeable about criticism— ‘That’s just your interpretation’ — by which they usually mean that no one interpretation is better than any other, and further, that no interpretation is more certain than any other. This is a form of intellectual relativism that is somehow tolerated more in the arts than in the humanities and sciences.

This principle, on the contrary, holds that all interpretations are not equal, that some interpretations are better argued, better grounded in evidence, and therefore more reasonable, more persuasive, and more readily acceptable.<sup>99</sup> (Grifos do autor)

O que se observa é que a interpretação daquele aluno é menos persuasiva porque falhou em manipular um instrumental teórico que dê maior consistência ao produto interpretativo que propõe, podendo-se falar que é de fato uma visão incorreta da obra visto que falhou em se compatibilizar com diversos desses elementos (histórico, estético etc.). É por isso que as atividades que exigem um intermediário para que outros possam acessar os textos produzidos em cada âmbito respectivo possuam intérpretes expertos na sua área de atuação — seja para maior apazibilidade estética de um lado, seja para a segurança jurídica e a construção da melhor decisão para as partes de outro. Note-se que interpretações bem fundamentadas e persuasivas daquela pintura (ou de qualquer obra de arte), chamando atenção para variáveis históricas, estéticas e individuais do autor, também podem ensejar debates e divergências cortantes. Isso não significa dizer que a interpretação esteja orientada por um arbítrio individual, mas por um ato de adequada cognição das fontes relevantes de construção do significado que, marginalmente, pode receber influência da

---

99 Barrett (1994, p. 8).

individualidade do intérprete. Ao mesmo tempo que qualquer interpretação não vale em arte, também não se pode dizer que toda interpretação é idêntica por seguir adequados cânones interpretativos. Reforce-se que a arte pode conviver, em alguma medida, com essa divergência, com uma disputa de entendimentos. Isso não só é possível, como é até mesmo desejável em alguma dimensão, porque a disputa hermenêutica (quando fundamentada) é sempre útil para potencializar todo o poder significador daquela obra àqueles que a observam.

Veja-se, portanto, que o argumento autoritativo da imprescindibilidade do intérprete é necessariamente acompanhado do argumento cognitivo, já tateado anteriormente. Note-se que o exemplo do imposto de renda ou o do potencial furtador de maçãs poderia ensejar um argumento contrário à justificativa cognitiva da imprescindibilidade do intérprete. Afinal, eles foram capazes de interpretar o texto normativo e aplicá-lo a um caso concreto e, para tanto, não dependeram da ação do intérprete autêntico. Todavia, como rezam os mantras de interpretação jurídica, o direito não lida somente com casos fáceis, no sentido informal da expressão. A construção de uma “boa solução” jurídica para um problema no qual o direito oferece nenhuma resposta, ou diretrizes obscuras, implica em um trabalho que Eros Grau chama de “artesanal”, nos seguintes termos:

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo — e tal deve ser enfatizado —, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.<sup>100</sup>

A existência de um intérprete autêntico busca garantir que o produto desta interpretação está dotada de maior grau de persuasão e convencimento possível, embasada em um instrumental teórico que viabilize estas qualidades.

No caso da música, a imprescindibilidade do intérprete se deve por uma razão eminentemente cognitiva, que pode se resumir ao seguinte: o receptor daquela interpretação (*i.e.*, o público em geral) não domina a teoria que possibilita a leitura e compreensão da notação musical.

Na música, o problema que enseja um intérprete que medeia a obra e o receptor não envolve necessariamente a divergência, mas a cognição em si. Sem a transformação da grafia em uma emanção sonora, o público (pelo menos o não alfabetizado na grafia musical) não ouviria a música. Sem a interpretação e aplicação do direito, os conflitos não seriam solucionados.

100 Grau (2002, p. 26).

Há uma diferença, porém, no que concerne à missão desses intérpretes. Ao juiz cumpre pôr fim aos conflitos sociais. Ao músico-intérprete cumpre proporcionar uma experiência de contemplação estética. A diferença de finalidades poderia simplesmente mancomunar a viabilidade de aproximação pela via do receptor, que será proposta na subseção seguinte, até mesmo porque o músico está muito mais preocupado em proporcionar a melhor experiência estética para o ouvinte do que o juiz está em proporcionar a solução mais aprazível para seus jurisdicionados. Como nos ensina Eros Grau:

Os músicos interpretam partituras visando à produção de fruição estética. Os juízes, diversamente, interpretam os textos da Constituição e das leis vinculados pelo dever de aplicá-los, de sorte a prover a realização dos fins e objetivos alinhados pela Constituição do Brasil.<sup>101</sup>

Todavia, a existência do receptor, seja jurisdicionado ou espectador, impõe um dever de responsabilidade ao intérprete.

One might object that only a connoisseur requires a perfect performance and that for the audience at large an inferior one might do. I say “No!”, for precisely the general public is most in need of an authentic and perceptive rendition in order to be led to the work.<sup>102</sup>

No que concerne a interpretação jurídica, há dois sentidos que vigoram na doutrina. Segundo Scheicara e Struchiner, “interpretar, em sentido amplo, envolve discernir o sentido de um texto legal”,<sup>103</sup> enquanto, em um sentido “mais estreito, interpretar envolve discernir o sentido de um texto legal que, a princípio, *é difícil ou obscuro*”<sup>104</sup>. Eros Grau também explica que “[d]a interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de *poder*, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (*deva manter*) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991/381]. Daí porque Kelsen qualifica os intérpretes possíveis, chamando de ‘intérprete autêntico’ aquele dotado desse poder [o juiz]”.<sup>105</sup> Ainda de acordo com Grau, quando é o mencionado intérprete autêntico que realiza a interpretação, ele executa nessa

101 Grau (2014, p. 375-376).

102 Schenker (2002, p. 4).

103 Scheicara e Struchiner (2016, p. 69).

104 Scheicara e Struchiner (2016, p. 69).

105 Grau (2014, p. 205).



mesma ação a *aplicação* do direito.<sup>106</sup> Interpretação e aplicação do direito são, portanto, nessa dimensão, ações indissociáveis.

Na música, fala-se em interpretação e execução como duas atividades superpostas. Segundo Stravinsky, pensar em interpretação é ter consciência das limitações que são impostas no processo de transmitir a música a um compositor. Por outro lado, a ideia de execução implica em colocar em prática uma vontade expressa adstrita aos comandos impostos ao executor.<sup>107</sup> Para Stravinsky, um intérprete é um executor, mas não necessariamente o contrário é correto. Explica-nos o notável compositor:

Between the executant pure and simple and the interpreter in the strict sense of the word, there exists a difference in make-up that is of an **ethical** rather than of aesthetic order a difference that presents a point of conscience. [...] The sin against the spirit of the work always begins with a sin against its letter and leads to the endless follies which an ever-flourishing literature in the worst taste does it best to sanction.<sup>108</sup>

Tanto o músico como o juiz sofrem alguns tipos de preconceitos pelos leigos das duas áreas que, curiosamente, são rigorosamente opostos. Ao mesmo tempo que se diz que o juiz não tem liberdade de decisão porquanto ele deve um rigor ascético à letra fria da lei, se diz que o músico é dotado de plena liberdade porque, por se tratar de uma arte, a liberdade é o seu princípio fundante. Todos errados. O direito não é uma atividade puramente cognitiva, ao mesmo tempo que a música não é puramente uma atividade volitiva. Ambas compartilham de um elemento criativo, para além do cognitivo e do autoritativo. Isso não quer dizer que cada qual seja dosado conforme seu contexto, mas todas estas características estarão sempre inevitavelmente presentes.

Cumpra-nos agora falar do destinatário da interpretação, que será, portanto, o segundo intérprete: o receptor.

#### 2.4. O receptor (ou o intérprete do intérprete)

Um outro elemento da analogia proposta por Teori Zavascki está implícito: é o receptor final da interpretação do intérprete. Defende-se que é um ponto de conexão no direito e na música que as audiências *influenciam* no proces-

106 “Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam **um processo unitário** [Gadamer], superpondo-se. (GRAU, 2002, p. 25)

107 Stravinsky, Knodel, Dahl (1947, p. 122).

108 Stravinsky, Knodel, Dahl (1947, p. 122).

so de interpretação jurídica. Todavia, é imprescindível que fique claro como se opera essa conexão, sob pena de defender o indefensável: o populismo interpretativo.

Eros Grau chama a atenção de que o juiz jamais deverá ter plateia. Entende que este não é (ou, pelo menos, não deveria ser) um ponto de aproximação possível entre o direito e a música. Diz o autor que “[a] plateia subverte mesmo os mais autênticos intérpretes musicais. [...] Quanto aos juízes, para eles não há, ou não deveria haver, plateia alguma. Não obstante, há...”<sup>109</sup>

Quando Grau faz essa afirmação, aqui a plateia deve ser entendida enquanto um público geral, e esse tipo de crítica que o ministro faz é absolutamente pertinente. Ela visa combater, e nesse sentido que a crítica é feita, juízes que se valem da toga para decidir conforme a opinião pública, a fim de obter a aprovação social da forma mediante a qual decide. É fato que esse tipo de interferência é ilegítimo. Grau, portanto, nega a existência de plateia ao juiz, porque a sua atividade não é estética, apesar de poiética (criativa).

Veja-se que Igor Stravinsky, de igual forma, também defende que o valor de uma obra musical também sequer deveria ser avaliada por uma plateia. É óbvio que ninguém é obrigado a gostar da música de ninguém, pois essa fruição estética individual é eminentemente subjetiva, e não objetiva. Todavia, a fruição estética que o indivíduo tem sobre determinada obra musical não pode influenciar no valor que ela ontologicamente possui.

The judicial function presupposes a code of sanctions which mere opinion does not have at its disposal. And it is quite illicit, to my way of thinking, to set the public up as a jury by entrusting to it the task of rendering a verdict on the value of a work. It is already quite enough that the public is called upon to decide its ultimate fate.

The fate of a work, of course, depends in the final analysis on the public taste, on the variations of its humor and habits; in a word, on its preferences. **But the fate of a work does not depend upon the public's judgment as if it were a sentence without appeal.**<sup>110</sup> (Grifo nosso).

No direito, a plateia não exerce (ou não deveria exercer) influência na interpretação jurídica orientada por seu humor e seus hábitos. Muito menos deve ser capaz — pelas razões cognitivas e autoritativas mencionadas na seção anterior — de firmar um julgamento final sobre um problema jurídico. Mas isso não

109 Grau (2014, p. 376).

110 Stravinsky, Knodel, Dahl (1947, p. 131-132).

significa que à plateia não incumba o exercício de alguma legítima influência. Há uma influência institucionalizada.

Não se pode dizer que dessa crítica se extrai a conclusão de que o juiz não recebe influência de plateia alguma. Pelo menos, se entendermos plateias como espectadores diretamente interessados naquele exercício de interpretação: as partes de um processo. Nesse caso, o juiz tem um dever institucional de se deixar influenciar, dentro de balizas dogmaticamente estabelecidas.

É verdade que o juiz jamais deve se orientar pelos calores da opinião pública ou muito menos se deixar constranger por interesses que se arroguem a suplantar o direito positivo. A questão é que, através do direito positivo, há dois tipos de plateia possíveis: as partes, que influenciam (ou deveriam influenciar) o juiz por mandamento legal no processo, e a comunidade de intérpretes *lato sensu*, que são os doutrinadores e outros intérpretes que lidaram com casos semelhantes.

O art. 5º, LIV, da Constituição, traz o princípio do devido processo legal à ordem jurídica brasileira. Ensina-nos Alexandre Câmara que “[o] processo civil brasileiro é um procedimento constitucional em *contraditório*, que se desenvolve de forma *isonômica* perante um juiz natural”.<sup>111</sup> A forma em que a jurisdição se exerce envolve uma pretensão resistida que assume em um processo com duas partes antagônicas. E o princípio do contraditório, segundo o mesmo doutrinador, “é a garantia constitucional de que **os interessados no resultado do procedimento poderão dele participar, com influência no resultado**”<sup>112</sup> (Gri-fo nosso).

O fato de as partes exercerem influência no processo não significa que elas serão exitosas na sua pretensão, da mesma forma que a plateia que vá assistir a um concerto não é obrigada a gostar da *performance* que lhe foi apresentada. Ninguém é obrigado a gostar da arte de ninguém, da mesma forma que ninguém é obrigado a gostar da decisão do juiz em seu processo. Todavia, aquela foi a *performance*, esta foi a decisão do juiz. Desta, em geral, cabe recurso, mas vincula. Daquela não tem recurso, mas sempre se pode ir embora do auditório.

A Constituição exige que os subordinados à interpretação do juiz possam influenciar em seu resultado. Isso não quer dizer que o juiz deva fazer populismo judicial, mas significa permitir que, nas balizas do direito positivo, possam obter uma pretensão mais favorável a seus interesses. Se em um processo judicial entre X e Y houver uma regra de direito que instaure as possibilidades G, H, e I de direitos subjetivos, sendo que a primeira é mais favorável para X, a

111 Câmara (2018, p. 2).

112 Material oferecido na aula de Procedimentos Especiais no Direito Processual Processo Civil, no dia 10 de fevereiro de 2020, pelo professor Alexandre Freitas Câmara, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

segunda é mais favorável para Y e a terceira igualmente desfavorável para ambos, evidentemente que as partes influenciarão dentro de um escopo legítimo para que I não seja a norma eleita pelo juiz. É na existência dessa influência do receptor da *performance* jurisdicional que existe a comunicação com a plateia de uma execução musical: **a existência de uma audiência cria responsabilidades para aquele que vai interpretar o texto.**<sup>113</sup> O jurisdicionado exerce uma influência institucional no processo de extração do significado do intérprete autêntico a fim de que se fomente a legitimidade do exercício de interpretação e aplicação do direito.

Isso é muito diferente do populismo judicial, cuja forma mais notável atualmente é o chamado *lawfare*, objeto de debate constante sobretudo nas democracias latino-americanas. A palavra, que é conjunção das expressões em inglês “law” (direito) e “estado de guerra” (warfare), significa um fenômeno através do qual o Poder Judiciário vem sendo usado como instrumento para o avanço de uma agenda contra adversários políticos de ideologias ou personagens com quem julgadores são alinhados. Esta é a nova dimensão através da qual se toma decisões, como disse o professor Eros Grau, “para a plateia”. Nisso, por óbvio, direito e música não se aproximam. Na música, isso é até desejável a depender do contexto. No direito, jamais.

## 2.5. Estética

Um último ponto que poderia ser extraído na analogia de Zavascki é quando comenta o seguinte: “[o intérprete] pode retirar uma boa norma, uma boa música, e ele pode não ser muito fiel à partitura”. Ainda que o propósito de cada intérprete ao retirar uma boa norma e uma boa música seja completamente diferente,<sup>114</sup> esse processo de extração do significado do texto para o direito e para a música se insere em um contexto em que a ideia de estética não é irrelevante. Parece que a estética, na verdade, é um elemento no qual direito e música estão inseridos e são influenciados, sendo que esta, por se tratar de uma forma de arte, tem maior preocupação no seu discurso com a estética do que o direito.

Música é uma arte. Como tal, busca despertar a sensibilidade das pessoas. A ideia de estética se insere justamente neste objetivo. Segundo Schopenhauer, a música é uma forma especial dentre as artes, cuja força estética

---

113 “Why audiences are so important? First, the presence of an audience creates distinctive responsibilities for the performer — responsibilities of faithful performance not only to the author of the text, but also to the audience. Part of the point of being a performer is to perform *before* someone — to move, impress, or affect an audience. Performance is a relationship to another, with effects and responsibilities that come with that relationship.” BALKIN (2013, p. 1691)

114 *Vide* nota 100 *supra*.

transcende até mesmo as demais formas de expressão artística. Dentro de sua filosofia, é a mais proeminente. Algo hierarquicamente equivalente às ideias platônicas na expressão da sua ideia de mundo enquanto vontade, que construiu na sua obra *The world as will and representation* (O mundo como vontade e representação). Schopenhauer destaca como a força estética exerce poder sobre cada indivíduo, *in verbis*:

Therefore, from our standpoint, where the aesthetic effect is the thing we have in mind, we must attribute to music a far more serious and profound significance that refers to the innermost being of the world and of own self.<sup>115</sup>

É de se ter em mente que interpretar não é um processo mecânico. Se assim fosse, os intérpretes poderiam ser substituídos por robôs datilógrafos. Estes agentes, para consecução dessas atividades, não têm sensibilidade. O exercício interpretativo recebe influência de variáveis que transcendem a tria-de texto normativo/fatos/decisão. Uma série de elementos sensíveis impactam na percepção do mundo. O discurso jurídico sempre se viu impregnado de elementos simbólicos: desde a oratória enfática, permeada por uma retórica de ideais abstratos como justiça e igualdade, como os símbolos da justiça com a espada e a balança, o uso da toga, entre tantos outros exemplos. Tais elementos não existiriam se não exercessem alguma influência no direito e, por conseguinte, no processo interpretativo.

Desmond Manderson é pioneiro do estudo das interseções entre direito e estética, área na qual a ideia de “direito e música” pode estar inserida. O doutrinador australiano ensina que estética é um elemento indelével da própria efetividade e da existência do direito. O direito é profundamente influenciado e governado por retórica, metáforas, formas, imagens e símbolos,<sup>116</sup> *in verbis*:

Aesthetics is the faculty which reacts to the images and sensory input to which we are constantly exposed and which, by their symbolic associations, significantly influence our values and our society. **“Legal aesthetics” suggest that the discourse of law is fundamentally governed by rethoric, metaphor, form, images and symbols.**<sup>117</sup> (Grifos nossos).

115 Schopenhauer e Payne (1968, p. 256).

116 Manderson (2000, p. ix).

117 Manderson (2000, p. ix).

A interpretação jurídica não está imune de forças simbólicas que circundam os signos que são objetos de exame por um julgador, o que nos lembra que o direito não está adstrito às operações eminentemente lógicas, mas também por outros elementos em que uma ideia estrita de racionalidade não necessariamente é reputada como desejável.<sup>118</sup>

Essa interação entre estética e direito se dá, segundo o autor, em três dimensões. A metodológica, que se preocupa sobre **como** o direito se revela a partir de elementos estéticos; a epistemológica, se orienta sobre **o que** o direito revela a partir de elementos estéticos; e a normativa, que se preocupa sobre o que o direito **deve se revelar/prescrever** através de elementos estéticos.

Explica-nos o doutrinador australiano cada uma delas:

- a) Dimensão metodológica — “Law is not just a sequence of logical propositions or abstract rules. It is also a collection of forceful symbols and persuasive metaphors”.<sup>119</sup>
- b) Dimensão epistemológica — “illuminate the social values which find expression in law as well as the form they take (social conflicts as battle-grounds of symbols)”.<sup>120</sup>
- c) Dimensão normativa — “normative implications of aesthetics. Symbolism and imagery of law is part of its power”.<sup>121</sup>

Do que se pode observar das reflexões postas acima, a estética, ao mesmo tempo que se preocupa com a ideia de belo, age da mesma maneira com a ideia de “forma”. Como nos ensina Desmond Manderson, citando filósofos como Gadamer e Dewey:

We must conclude, therefore, that any hope that the aesthetic is a representation of objective truth, or even that beauty itself can be defined, must be set aside. [...] The right question is not what the aesthetic communicates to us but *how* it does so. As Hans-Georg Gadamer and John Dewey emphasize, the aesthetic at its heart involves an experience of process of sensory perception, whether the experience is that of an artist or an audience.<sup>122</sup>

118 (MANDERSON, 2000, p. 45) “In ignoring the formal and symbolic meaning of texts, legal and otherwise, readers are missing a great deal of what they read. This is a central element of aesthetic dimension, and the voice of music is central to how I demonstrate those points. The very distance between how we think of law and how we think of music adds force to their conjunction.”

119 Manderson (2000, p. 43).

120 Manderson (2000, p. 44).

121 Manderson (2000, p. 45).

122 Manderson (2000, p. 9-10, grifo do autor).

Quanto à música, estética é um conceito que lhe é imanente. Trata-se, afinal, do artesanato dos sons que, organizados através da ação criativa do artista, se volta para a sua apreciação estética. Para o direito, isso é menos óbvio. Como o direito se presta a resolver problemas concretos de uma comunidade, não vê em seu horizonte uma demanda em ser “belo”. Luís Satie estabeleceu a diferença entre arte e direito da seguinte forma: “As formas da arte são produtos da imaginação solitária; as do direito são criadas para resolver problemas concretos de uma comunidade: *ubis societas, ibis jus*.”<sup>123</sup>

Mas a dimensão estética com que se preocupa aqui — e que entendo conectar música e direito — não é necessariamente aquela que tem a ver com o belo. A ideia de estética de que aqui se trata é que a **forma** não só é parte integrante do significado do discurso, mas é capaz de uma comunicação que este não é capaz de veicular.<sup>124</sup> Em outras palavras, o que se entende por estética é um mecanismo de comunicação que o discurso verbal não é capaz de realizar. Daí porque a dimensão estética do direito não é interdisciplinar, mas transdisciplinar.<sup>125</sup>

Um exemplo disso no direito é o estudo da retórica e da oratória nas faculdades, útil para a atividade profissional em qualquer seara dogmática do direito (civil, penal, tributário etc.). Não se trata de disciplinas cuja preocupação seja **o que** veicular, enquanto discurso, mas formas e técnicas de **como** veicular o discurso. Preocupações como voz, fala, respiração e postura são o centro dos debates dessas disciplinas.<sup>126</sup>

O direito não se esgota na sua argumentação via discurso. Não se trata apenas do contraste entre duas teses sobre o direito positivo e sua melhor expressão em um caso concreto. Tal como nos alerta Desmond Manderson: “By treating a text, legal or otherwise, as merely a sequence of logical propositions, readers miss its formal, metaphorical, and symbolic meanings.”<sup>127</sup>

Em outras palavras, isso significa que os elementos que circundam o discurso jurídico também compõem seu significado.

123 Satie (2010, p. 632).

124 “Central to the aesthetic dimension is the idea that the form of something is part of its meaning. Formal design or structure — whether of a poem or a statute — is not just the medium through which ideas are expressed but itself an aspect of meaning.” [...] “Form is evidence not of legal epistemology but of its ontology.” (MANDERSON, 2000, p. 38).

125 “The aesthetic dimension of law is not interdisciplinary but transdisciplinary.” (MANDERSON, 2000, p. 36).

126 “Para quem luta pelo direito, é característica a mistura singular de frieza e ardor, de intelectualismo generalizador que do caso concreto leva ao seu princípio, e da paixão individualizadora que fulmina o ilícito a que combate como se fosse uma monstruosidade única. A forma de expressão adequada da luta pelo direito é, pois, a retórica, cuja essência consiste em dotar o geral com a clareza e eficácia do particular, enquanto, inversamente, a poesia empresta ao particular a significação simbólica do universal.” (RADBRUCH, 2010, p. 158)

127 Manderson (2000, p. ix-x).

### 3. Posturas hermenêuticas

#### 3.1. Notas sobre interpretação na música de tradição europeia ocidental e no *jazz*:

##### 3.1.1. *Considerações iniciais*

Esta seção não se presta a oferecer um minicurso daquilo que Bohumil Med chama de *teoria básica da música*, que concerne à grafia musical e seu significado. O que se busca aqui é colocar uma contraposição de valores que orientam a prática interpretativa de músicos que operam em duas esferas distintas da realização sonora: a música de tradição europeia ocidental e o *jazz*.

Uma característica importante da notação musical, se comparada com a linguagem falada, é a precisão.<sup>128</sup> Há quem defenda que se há algum problema de clareza na notação musical, isso normalmente se deve a alguma imperícia de quem redigiu ou de quem interpretou, mas raramente com uma patologia intrínseca à grafia de expressar aquilo que o compositor deseja. Este problema, porém, é inerente às palavras. Um clássico exemplo disso é o já citado exercício feito pelo Professor H. L. A. Hart sobre a regra que proíbe veículos no parque.

A despeito do maior poder de precisão comunicativo da notação musical, conforme descrito na seção 2.2, se contraposto com as palavras (focando-se aqui nos enunciados normativos), o contexto no qual se insere o intérprete influencia gravemente no produto da interpretação. Tanto que a escolha feita na seção 1 do trabalho por dois movimentos artísticos que se inserem em contextos tão diferentes, para não dizer antagônicos, não foi acidental. Note-se que os problemas de interpretação apresentados naquela seção foram tirados da música clássica e do *jazz*.

O fato de essa seção se tratar de gêneros distintos, e aqui fico adstrito a somente estes dois, faz com que a postura do intérprete ao enfrentar um texto musical, no contexto de cada gênero respectivamente, será completamente diferente. Um recital e uma *jam session*<sup>129</sup> exigem que o intérprete seja capaz de adaptar os cânones daquilo que Med chamou de teoria básica da música para que a composição interpretada seja adequadamente realizada.<sup>130</sup>

Mas, para que se possa tecer considerações sobre a interpretação na música tradicional europeia ocidental e no *jazz*, é necessário compreender duas

---

128 Tratou-se desse assunto no tópico “texto, linguagem e comunicação”. Vide também nota 67 *supra*.

129 *Jam session* é um jargão utilizado por músicos de *jazz* para um encontro espontâneo para tocar repertório do gênero, ou mesmo para improvisar livremente. A espontaneidade é sempre a marca desse tipo de evento. O termo *jam* advém da expressão em inglês *jazz after midnight*.

130 Med (1996, p. 10).



coisas. A primeira é o que se quer dizer, para fins deste trabalho, quando se fala nestes dois gêneros. A segunda, é que a crescente simbiose entre estilos musicais fez com que muitos desses valores que norteiam a interpretação musical em ambos os estilos se tornassem mais opacos.

Passemos a estas considerações.

### 3.1.2. *Música de tradição europeia ocidental*

Stravinsky já adianta alguns pontos fundamentais sobre alguns fatores de regência da hermenêutica da música de concerto.

The secret of perfection [Of the interpreter] lies above all in his consciousness of the **law imposed upon him by the work he is performing**. And here we are back at the great principle of submission that we have so often invoked in the course of our lessons. This submission demands a flexibility that itself requires, along with **technical mastery**, a **sense of tradition** and, commanding the whole, an aristocratic culture that is not merely a question of acquired learning.<sup>131</sup> (Grifos nossos).

Fala-se em rigor, senso de tradição e cumprimento de comando. Fala-se também na lei imposta ao intérprete por força da obra que está executando.

Não foi sempre assim.

Técnicas e valores interpretativos na tradição da vulgarmente chamada música clássica oscilaram conforme o tempo e os diferentes compositores e movimentos artísticos. Apesar disso, é a ideologia que encontra em Stravinsky seu maior defensor que hoje domina os teatros e salas de concerto.<sup>132</sup>

Segundo Stenzl e Zedlacher, a visão de Stravinsky sobre os valores na interpretação musical é a segunda etapa de uma evolução de três fases: a primeira chamou de interpretação *espressivo*; a segunda, da que se fala, de interpretação neo-objetiva; a terceira, de interpretação reformativa ou historicizante [*historicizing*]. Em brevíssimos comentários sobre estas posturas interpretativas, cabe ressaltar que a primeira admitia uma flexibilização na interpretação do *tempo*, ou seja, na duração das notas melódicas a despeito da indicação gráfica.<sup>133,134</sup> A terceira tem a ver com um esforço do intérprete em recuperar historicamente a forma mediante a qual a obra era executada no tempo em que foi

131 Stravinsky e Knodel (1947, p. 127).

132 Stenzl e Zedlacher (1995, p. 689).

133 "For the conductors Liszt and Wagner the rigorous beating of time was rather the exception." (STENZL; ZEDLACHER, 1995, p. 688).

134 Vide nota 67 *supra*.

produzida, flexibilizando as prescrições grafadas em favor desses elementos.<sup>135</sup> Se houver elementos extratextuais, de ordem histórica, persuasivos o suficiente para flexibilizar o rigor da partitura, tal flexibilização é legítima.

No que diz respeito a segunda corrente interpretativa, que será objeto de maior atenção, é viável destacar três elementos que em geral norteiam o processo de cognição/execução de obras musicais. A primeira característica é que se deve entender a música clássica (em sentido *lato*) como uma expressão musical ocidental, notadamente praticada na Europa, na qual se encampa repertório cuja interpretação é extremamente preocupada com a **forma e o texto**, mais do que sobre variáveis do contexto no qual o compositor estava inserido ou dos valores estéticos daquele que está prestes a executar uma peça deste repertório.<sup>136</sup>

A segunda característica é que, na música clássica, a figura do **compositor** da música clássica é, normalmente, objeto de maior culto do que o próprio intérprete. Só se ouve falar em Glenn Gould, Arthur Rubinstein e Martha Argerich porque eles foram precedidos de Bach, Beethoven, Haydn, Prokofiev e tantos outros. Tanto assim o é que o nome destes compositores atravessou as gerações mesmo depois de sua morte, e seu legado continua na mente das pessoas, o que reverberou em menor impacto aos intérpretes notáveis.

Por fim, em terceiro lugar, tradicionalmente, a música clássica é executada em contextos **solenes**: seja em salas de concertos ou igrejas, em que se segue toda uma liturgia tradicionalmente construída ao longo dos séculos (a ordem da entrada dos músicos e do maestro, silêncio entre os movimentos de uma peça etc.). As execuções de obras clássicas vêm seguidas de uma ritualística desenvolvida ao longo de gerações: a preocupação com o vestuário, a ordem de entrada dos músicos (a orquestra, o solista e, por fim, o maestro), o cumprimento do maestro ao primeiro violinista, o rechaço moral aos aplausos entre os movimentos de uma obra, dentre tantas outras solenidades. Essa característica vem sendo comumente criticada por alguns autores justamente por afastar as classes populares da música clássica.<sup>137</sup>

A preocupação quanto à forma e ao rigor na leitura do texto é algo que teve um profundo peso sobretudo no século XIX. Como veremos a seguir,

135 "The most recent of the three interpretative approaches - but one whose beginnings also reach back to the beginning of this century — is the aforementioned *restorative or historicizing* interpretation. The parallels to Stravinsky's uncompromising rejection of all 'interpretations' of the expressive sort are striking. The declared goal here is to perform early music-often on 'early' (or reconstructed) instruments specific to the period — in a manner that corresponds to the way the music was played at the time of its creation." (STENZL; ZEDLACHER, 1995, p. 692).

136 Isso é produto de uma evolução do repertório clássico com o passar do tempo, o que será objeto de exame logo a seguir.

137 "By 'privileging' the concert-hall experience we make 'bourgeois' attitudes part of the very fabric of music, and so protect them from criticism—a criticism ever more necessary now that most music exists outside the concert hall." (SCRUTON, 2009, p. 10)

quando dedicaremos uma parte dessa seção ao exame da improvisação da música, até a chegada do século XIX, não era incomum que as músicas de concerto contassem com criações espontâneas dos intérpretes. O menor grau de complexidade de certas composições bem como uma certa homogeneidade estética permitiam que os músicos improvisassem. Há quem argumente, inclusive, que a operação da improvisação na música clássica e no *jazz* era semelhante.<sup>138</sup> Quando abordarmos o assunto da improvisação, veremos que a complexificação do repertório e das estéticas fizeram com que os compositores procurassem esgotar o máximo de informações possíveis na notação musical, construindo-se uma ideologia acadêmica em que o papel do intérprete nada mais é do que fazer valer a expressão do próprio texto. Jahiel Ruffier-Meray sustenta que houve uma emergência concomitante no direito e na música quando o assunto é a primazia do texto em detrimento da individualidade do intérprete:

Le XIX<sup>eme</sup> siècle va se révéler être un siècle terrible sur le plan de l'interprétation qu'il s'agisse du droit ou de la musique. Sur le plan juridique c'est l'apparition de l'école de l'exégèse et du nécessaire respect dû à la loi... (Le juge est la bouche de la loi!) Sur le plan musical une série d'outils mécaniques voient le jour: ils sont censés vérifier que le musicien s'applique à respecter religieusement le texte écrite par le compositeur.<sup>139</sup>

Eric Hobsbawm complementa, contrapondo o *jazz* à música tradicional europeia, que esse apego ao texto já denunciado por Ruffier-Meray se deve de fato a uma ideologia estética de apego à vontade do compositor. Isso cria uma lógica em que há uma soberania que atravessa gerações de se preservar a vontade do compositor, *in verbis*:

A música e o drama têm de ser executados, porém a nossa geração acadêmica tem, cada vez mais, pretendido com isso “interpretar [a obra] o mais próximo possível da intenção original de seu produtor”. Virtualmente todo o academicismo histórico musical não faz mais do que tentar recuperar essa autenticidade original e autoritária. [...] Com o *jazz* a coisa simplesmente não funciona assim. A sua arte não é reproduzida, mas criada, e existe apenas no momento da criação.<sup>140</sup>

138 Gould e Keaton (2000, p. 144).

139 Cf. Ruffier-Meray (2007, p. 242).

140 Hobsbawm (2017, p. 179).

Por fim, cabe reforçar uma questão, já debatida quando tratamos do texto enquanto um ponto de conexão entre direito e música, que é o fato de a grafia musical ter um poder de precisão muito maior do que as palavras na transmissão de ideias. Defendeu-se nessa tese que a notação musical não busca comunicar ideias tal como ambicionam as palavras, mas isso não compromete a sua natureza de linguagem dos sons. Se for possível tratar nestes termos, diz respeito a um campo semântico muito mais restrito do que as palavras.<sup>141</sup> A despeito de não se ignorar que a música, em suas diferentes expressões, é capaz de gerar sonoramente diferentes emoções e reações nos ouvintes, a dimensão de linguagem musical que se examinou aqui não se ambiciona descrever objetos, pessoas, pensamentos ou quaisquer outras coisas que não o som em si. A notação só faz referências a sons, e a combinação dessas notações evocam que elas podem estar contextualizadas em uma linguagem sonora. E o que aumenta a precisão é justamente a divisão proporcional de melodia, harmonia e ritmo no tempo. Daí porque falam que música é matemática. O simples fato de que noções de matemática operam na realização da música retiram muito do subjetivo do intérprete em favor da convergência entre grafia e expectativa do compositor.

A lógica que opera nessa forma de interpretação musical é que deve-se esgotar ao máximo as prescrições claras e precisas do texto. Havendo lacunas, após executar de forma mais precisa possível o que tiver sido comandado pelo texto, aí sim o intérprete poderá complementar.

É a lógica de Stravinsky já citada.<sup>142</sup> Stravinsky, em seus escritos, contesta até mesmo os mais sutis tipos de interferência dos maestros. Critica, como exemplo, que se amplie uma obra destinada ao quarteto de cordas para um octeto, porque a acústica exigiria. De igual maneira, questiona quando se acelera o andamento ou se altera a dinâmica da execução de suas obras porque há pouco tempo de apresentação. Estas são decisões que maestros se sentem autorizados a tomar sob o argumento, muitas vezes, de que o texto não pode prever circunstâncias da vida real que justificariam essa decisão. Em outros contextos, esse tipo de medida seria óbvia.

---

141 Cf. Stravinsky, Knodel e Dahl (1947, p. 122). Não custa mais uma vez repisar a assertiva de Stravinsky: "In addition, the language of music is strictly limited by its notation. The dramatic actor thus finds he has much more latitude in regard to chronos and intonation than does the singer who is tightly bound to tempo and melos."

142 Stravinsky, Knodel e Dahl (1947, p. 127-128). "The submissiveness and culture that we require of the creator, we should quite justly and naturally require of the interpreter as well. Both will find therein freedom in extreme rigor and, in the final analysis, if not in the first instance, success — true success, the legitimate reward of the interpreters who in the expression of their most brilliant virtuosity preserve that modesty of movement and that sobriety of expression. That is the mark of thoroughbred artists."

Mas, para Stravinsky, não se haveria prerrogativa de executar suas obras se tais alterações, ainda que sutis, fossem realizadas.

Caso diverso se vê no *jazz*.

### 3.1.3. O jazz

Como Hobsbawm já nos adiantou, o *jazz* opera de um modo completamente diferente, de tal forma que a tripartição histórica proposta por Stenzl e Zedlacher sequer faz sentido. Se contrapusermos aquelas três características da música com o *jazz*, veremos que se trata de uma prática musical muito mais preocupada com a *performance* do que com a ideia de forma. Ao invés da forma e do texto, o *jazz* é baseado na espontaneidade, informalidade e nas **impressões individuais** dos próprios intérpretes. Em contraposição ao culto ao compositor da música clássica, o *jazz* teve como protagonistas os grandes intérpretes, relegando um papel absolutamente secundário aos compositores. Por fim, em oposição à música clássica, o *jazz* surgiu como uma música da população comum, e não originalmente consumido por um extrato da elite. Dessa forma, não havia um ritual mediante o qual os ouvintes vestiam suas melhores roupas para ir a um teatro luxuoso e ouvir uma obra complexa de quatro movimentos, que seguiam toda uma tradicional liturgia. O *jazz* era espontâneo, acontecia nas ruas e nos bares. Ele simplesmente acontecia onde quer que houvesse espaço para acontecer.

Reflita-se sobre esses três aspectos.

A grafia musical tem um papel tão secundário que, no início, os clássicos do *jazz* eram “tirados de ouvido”. Em razão da tradição popular que originou o *jazz*, os músicos se instruíam pela tradição oral. Ouviam os outros músicos naquele processo de criação espontânea e simplesmente incorporavam elementos que sua percepção auditiva lhes permitia.

Muito depois, nos anos 1970, um projeto da *Berklee College of Music* de Boston ambicionou transcrever todo esse repertório consuetudinário do *jazz* em um grande livro (tratado como uma Bíblia do *jazz*) chamado *The Real Book*.<sup>143</sup> A ambição desse livro era muito mais informativa do que prescritiva, porque deu acesso a um conhecimento que muitos músicos não tinham, mas sem nenhuma pretensão de impor como deveriam tocar. O Real Book se tornou um guia valioso, mas não uma lei. Esclarecia, e não impunha.

Ao abrir o *The Real Book*, é fácil observar que todos os grandes clássicos do *jazz* lá registrados, os chamados *standards*, são obras cujo texto é muito mais simples do que se comparado com as peças do fim do século XVIII. Ainda, diferentemente da liturgia que circunda a música clássica, o *jazz* emergiu en-

<sup>143</sup> History of the Real Book. **The Official Real Book**, Milwaukee, WI, Hal Leonard Corporation, 2019. Disponível em: <https://officialrealbook.com/history/>. Acesso em: 2 maio 2020.

quanto uma música das ruas, sendo produto, dentre os fatores, da chegada do *know-how* europeu às camadas populares dos Estados Unidos, especialmente a população negra, recém-emancipada, que passava, ávida e livre, a migrar para o norte do país para escolher seu próprio entretenimento.<sup>144</sup>

Além disso, do ponto de vista da realização musical, o *jazz* exige do intérprete duas atividades que são, em geral, estranhas à prática da música clássica, e fundamentais para que se entenda *jazz* enquanto *jazz*: o *swing* e a **improvisação**. Esses dois elementos salientados são características que performam tão quase que um poder-dever ao intérprete de “harmonizar” o comando escrito no texto com os valores estéticos que ele individualmente deseja imprimir naquela obra. Vale dizer que o *jazz*, diferentemente da música clássica, emergiu em um momento na vida em que a percepção da música não dependia apenas do texto. Era um momento a partir do qual as gravações de grandes obras eram amplamente difundidas pela sociedade. As diferentes abordagens pelos diferentes intérpretes reforçavam como cada interpretação de uma mesma peça era tão diferente uma da outra. Se tomarmos, por exemplo, a peça *Autumn Leaves*, a diferença na *performance* de Miles Davis, John Coltrane ou Keith Jarrett é tão profunda que jamais passaria pela cabeça de qualquer ouvinte — ou mesmo do intérprete — que ninguém ambicionou a tocar conforme as rigorosas prescrições de uma partitura.

Em música, entende-se por *swing* a conjugação de duas técnicas rítmicas denominadas síncope — que é o atraso de uma nota no tempo no qual deveria ser inserido — e contratempo — quando se desloca uma nota que estaria localizada em um tempo “forte” para um tempo “fraco”. Já a improvisação constitui um processo de criação espontânea do executante. É um momento em que, se nos valêssemos da ideia proposta por Balkin (*triangle of performance*), há uma convergência entre os vértices do compositor e intérprete na mesma pessoa que executa uma determinada composição. O executante cria e executa ao mesmo tempo.

Não se ignora, contudo, que não é apenas nestes dois elementos onde música clássica e *jazz* se segregam em fronteiras ascéticas. Tanto o *swing* como a improvisação podem de igual forma estar presentes na música clássica, sendo que esta última já estava lá antes mesmo de se pensar em *jazz*. O *swing*, por outro lado, foi uma contribuição do *jazz* para a música clássica, porquanto ofereceu uma “ambiência” jazzística ao repertório produzido após a emergência do *jazz* enquanto movimento artístico. Mas isso não significa que ambos necessariamente se misturem. Tal como nos ensina Eric Hobsbawm:

---

144 Hobsbawm (2017, p. 71).

[O *jazz*] tem realizações, porém, não em termos de música erudita, cujos próprios conceitos lhe são alheios. Isso não significa que o *jazz* não possa influenciar a música erudita, ou se fundir com ela. Na verdade ele tem, ultimamente, mostrado uma tendência nesse sentido. Quando o faz, porém, deixa de ser *jazz* para ser música erudita com bases jazzísticas, da mesma forma que a *Carmen* de Bizet, ou mesmo a obra de De Falla, não são música espanhola popular, mas música erudita com coloração espanhola.<sup>145</sup>

Em segundo plano, quanto à improvisação, o fato de ela ser normalmente considerada como um diferenciador entre música clássica e *jazz* não significa dizer que inexistia improvisação na música clássica. Ao contrário. Diferentemente do *swing*, que teve o poder de influenciar a música clássica através de compositores como George Gershwin, a improvisação já era praticada por *performers* antes mesmo da emergência do *jazz*. Um exemplo notável disso é o próprio exemplo musical na seção 1 deste trabalho, que envolveu a obra denominada *Impromptu* in *Es-dur*, de Schubert. O título da obra, em português, significa *Improviso* em *mi bemol*. Trata-se, portanto, de uma composição que assume a forma de uma criação espontânea que pode ter sido em seguida registrada na notação gráfica.

Até mesmo hoje ainda se pratica a improvisação na música clássica.<sup>146</sup> No período Barroco, era comum que a improvisação fizesse parte da formação dos músicos da época, porquanto era uma exigência pragmática das atividades litúrgicas que se alongavam no tempo.<sup>147</sup> Todavia, há pelo menos duas razões pelas quais a improvisação perdeu espaço no repertório da música clássica. A primeira é que, com a chegada do movimento romântico, as técnicas de composição musical foram se aprimorando, e as obras produzidas à época foram se tornando extremamente complexas para que se pudesse improvisar.<sup>148</sup> A segunda razão é que, com a emergência de inúmeros compositores e estilos diferentes no século XIX, a realização de improvisação em linguagem consistente com a estética proposta pelo compositor ou o estilo da época poderia ser muito comprometida. Havia uma certa frustração na capacidade de os

145 Hobsbawm (2017, p. 178).

146 Um exemplo recente de improvisação na música clássica é o projeto do pianista brasileiro Henrique Vaz Romano chamado *Human Music*. É uma série de composições com notável característica sonora de música clássica, mas que foi gerada espontaneamente, por improvisação.

147 Reimann (2003, p. 1-2).

148 Gould e Keaton (2000, p. 144).

intérpretes executarem a criação espontânea conforme as expectativas dos compositores.<sup>149</sup>

Essas duas justificativas para que a improvisação perdesse espaço no repertório clássico implica reconhecer que ela não é um exercício de livre-arbítrio absoluto do intérprete. Improvisar, sobretudo quando se o faz no contexto de uma composição já existente, implica na conjugação daquilo que está escrito na partitura com a bagagem teórica que o intérprete carrega (escalas, acordes etc.) para viabilizar um bom “vocabulário” na sua improvisação. Uma analogia esclarecedora para isso é a própria fala. Quando uma pessoa encontra um conhecido na rua e inicia uma comunicação, ela não premeditou sobre quais seriam as palavras que usaria para uma conversa. Todavia, qualquer discurso estará fundamentado não só pelas normas da língua na qual os interlocutores se comunicam, como também elas se inserirão em um determinado assunto. O mesmo opera na música. Da mesma forma que na fala é imprescindível o domínio da língua e do assunto tratado, é requisito do executor não só dominar a fluência do seu instrumento, bem como também ser capaz de identificar quais notas são pertinentes dentro de um determinado contexto no qual realizará sua improvisação. Os cânones de improvisação, portanto, não se prestam a impor limites àquele que improvisa, mas na verdade potencializar a capacidade de improvisar.

O que faz da improvisação um elemento distintivo do *jazz* em relação à música clássica é justamente o seu propósito. O *jazz* deixou de ser apenas um gênero musical e se transformou em um método didático capaz de oferecer conjunto de ferramentas útil para potencializar a expressão da individualidade do intérprete através da improvisação. Isso não quer dizer que os intérpretes de outros tempos como do período medieval, renascentista ou barroco não improvisavam, mas nunca na história houve um método de como improvisar, a capacidade de criar espontaneamente sem depender dos padrões estéticos e composicionais daquilo que outros fizeram.<sup>150</sup> Isso nos permite argumentar que, na música clássica, por outro lado, a improvisação era voltada para atender uma expectativa do compositor ou do contexto da peça interpretada mais do que expor a individualidade do intérprete.

Ambas as justificativas — excesso de complexidade e inadequação estilística — podem ser englobadas em uma só: a de que a improvisação na música clássica passou a ser incapaz de transmitir com proficiência aquilo que era o desejo do compositor, seja por uma notação extremamente complexa ou seja pela multiplicidade estilística.

149 Gould e Keaton (2000, p. 144).

150 Eisenmann (2019).



Este é o ponto fundamental, repise-se, que torna a improvisação um elemento distintivo do *jazz*: ela se presta para exprimir a individualidade do intérprete no momento em que espontaneamente cria, sem, em geral, estar apegado aos comandos do compositor. Ainda segunda Hobsbawm,

o *jazz* é uma música de executantes. Tudo nele está subordinado à individualidade dos músicos, ou deriva de uma situação em que o executante era senhor. Até pouco tempo atrás o compositor, figura-chave na música erudita ocidental, era, com raras exceções, figura totalmente secundária em *jazz*. Seu lugar era tomado, se é que havia mesmo, pela figura modesta e corretamente denominada “arranjador”. [...] [N]ão há duas execuções exatamente iguais de uma mesma música por uma banda. E, se idênticas, mesmo que o arranjo seja o mesmo, então uma delas estará deliberadamente imitando a outra.<sup>151</sup>

#### **3.1.4. Três características contrapostas**

Retomemos os exemplos apresentados na seção 1.3.1: os casos Schubert e Eisenmann.

O que se enfrentou no primeiro caso foi um conflito de dois pronunciamentos que reclamariam, aos olhos do intérprete, a mesma força autoritativa: um era o comando claro do texto que determinava que se tocasse uma certa nota (*lá* natural) enquanto outro era outro comando igualmente claro de que a nota grafada pelo compositor vai de encontro à linguagem harmônica que ele próprio sugeriu.

Se tomarmos os valores que foram identificados na música clássica como relevantes, vê-se que a objeção à redação do texto tende a não ser pertinente, pois a autoridade do compositor, mediante a sua manifestação pelo texto, é superior a prescrições de outros ramos da ciência musical.<sup>152</sup> Mas é importante

<sup>151</sup> Hobsbawm (2017, p. 52).

<sup>152</sup> Este exemplo é muito semelhante àquele trazido na sexta objeção de Lon Fuller às ideias positivistas de H.L.A. Hart. Em seu artigo-resposta em que discute direito e moral. Na assembléa, se referiu à manifestação do Papa sobre os deveres dos juizes católicos que por ventura se defrontarem com processos de divórcio. Tanto a palavra do Papa como os enunciados normativos de direito positivo se arrogam a posição de ser posicionamentos autoritativos frontalmente conflitantes. “I refer to the kind of question raised by the Pope’s pronouncement concerning the duty of Catholic judges in divorce actions. This pronouncement does indeed raise grave issues. But it does not present a problem of the relation between law, on the one hand, and, on the other, generally shared views of right conduct that have grown spontaneously through experience and discussion. The issue is rather that of a conflict between two pronouncements, both of which claim to be authoritative; if you will, it is one kind of law against another.” (FULLER, 1958, p. 638)

salientar que se houvesse rigor ascético nesse tipo de postura, computadores poderiam executar peças clássicas de forma a potencializar mais estes valores do que os próprios músicos. A primazia do texto não significa a anulação do intérprete,<sup>153</sup> mas significa que as performances devem ser orientadas pela ambição de atender com a realização mais próxima possível da notação musical.<sup>154</sup>

Ambientes como a universidade e os concursos de piano certamente (e lamentavelmente) reputarão indesejável que o intérprete não cumpra com aquilo que prescreve o compositor, independente das razões.

Por outro lado, o caso Eisenmann se insere em um contexto em que a autoridade do compositor, seja mediante o texto ou até mesmo as gravações originais do próprio compositor (que poderiam ser consideradas uma fonte autoritativa forte o suficiente para interpretação), tem menos força frente a elementos extratextuais que o intérprete propuser.

Essa decisão, todavia, não é puro arbítrio. Tampouco quer dizer que o *jazz* prescinde de intensa formação técnica porque espontaneidade é um valor intrínseco. A experiência estética é tão mais profunda quanto maior for o domínio do músico no instrumental teórico que o *jazz* oferece. Lembre-se que o *jazz* deixou de ser um simples gênero e tornou-se ferramenta, na medida que foi capaz de didatizar mecanismos de improvisação e potencialização das possibilidades do intérprete. É daí que surge viável a discricionariedade de simplesmente cortar compassos do texto, tal como Eisenmann decidiu, e fazer disso uma variável desejável na execução do *jazz*. Roger Scruton já fez exatamente a mesma ponderação valendo-se, inclusive, de outra obra do mesmo compositor, *in verbis*:

Only some of the extant versions of 'Round Midnight achieve the heights, or depths, of melancholy soulfulness that Monk coaxed from the piano, and all listeners will have their favourites. Nevertheless there really is a musical work which is 'Round Midnight, and the work concept is as usefully applied in such a case as in the case of a Mozart symphony. In the case of 'Round Midnight, however, much more is left to the performer's discretion than is left by the score of a Mozart symphony, and a talent of the same kind as the composer's is needed, if the performance is to be truly successful.<sup>155</sup>

153 V. *supra* 14, contextos em que intérpretes "derrotam" notas.

154 "A work is fixed with respect, at least, to the properties indicated in the score and it is repeatable in performances. Performances themselves are transitory sound events intended to present a work by complying as closely as possible with the given notational specifications." (HOFFMANN *apud* GOEHR, 1989, p. 55)

155 Scruton (2009, p. 12).

Após a fundamentação de três valores contrapostos entre música de concerto e *jazz*, podemos comparar o processo interpretativo entre elas, nos critérios que foram destacados, da seguinte forma:

-//-	Música clássica	<i>Jazz</i>
Quanto à fonte cognitiva para execução musical	Apego ao texto	Espontaneidade
Quanto ao agente protagonista	Compositor	Intérprete
Quanto ao contexto	Solene	Informal

### 3.2. Valores musicais no direito?

#### 3.2.1. Considerações iniciais

Retornemos à analogia de Zavascki. A analogia proposta implica no fato de haver uma separação conceitual entre a ideia de texto normativo e de norma jurídica. O texto é um conjunto de símbolos que orienta a criação de um produto derivado de uma operação cognitiva e autoritativa exercitada por um intérprete, que é a norma direcionada a um receptor. Argumentou-se, ainda, que a ideia de estética permeia os processos interpretativos musicais e jurídicos.

Observe-se agora os três valores contrapostos na seção anterior. É possível argumentar que eles podem iluminar a interpretação jurídica feita nos casos apresentados na seção 1.3?

Veja-se que o desenvolvimento da interpretação musical se desenhou de uma forma em que há vários binômios entre os diferentes elementos que compõem o processo interpretativo no direito e na música: compositor/intérprete; texto/espontaneidade; solene/informal. Estes binômios não são meramente estéticos. Eles são institucionais. Ao se instaurar cânones de interpretação nos diferentes gêneros musicais, se buscou atingir a consecução de valores. Enquanto os músicos clássicos são formalistas, os jazzistas são não formalistas. Até mesmo a ideia de improviso, examinada na seção anterior, é aproximável do direito.<sup>156</sup> Uma interpretação musical orientada no protagonismo do compositor, do texto e da solenidade realiza valores **diferentes** (não menores) do que se o enfoque fosse ao intérprete, à espontaneidade e à informalidade. A metodologia dos músicos clássicos encontra guarida no texto; a dos jazzistas, em noções de harmonia, arranjo, orquestração, improvisação ou, por que não,

<sup>156</sup> Izzo (2017, p. 91-104).

próprio arbítrio. Sob esses aspectos eles posicionam a métrica dos binômios compositor/intérprete; texto/espontaneidade; solene/informal.

Estes binômios encontram similaridade no direito. Da mesma forma que métodos de interpretação musical são decorrência da realização de valores mais amplos, subjacentes ao gênero e contexto musicais, técnicas de interpretação são, nas palavras de Leal, “decorrências de alguma concepção mais ampla sobre o direito, a democracia, a separação de poderes ou a racionalidade, para citar os casos mais comuns”.<sup>157</sup>

Com base nos exemplos citados na seção 1.3.1, procura-se investigar, na seção seguinte, quais valores são preponderadas em uma métrica que oscila entre o protagonismo do legislador ou do juiz; entre o rigor do texto ou da sua justificação subjacente; entre a formalidade ou a informalidade dos rituais e procedimentos.

### **3.2.2. O direito e a música entre o formalismo e o não formalismo**

Considerar que direito e música, enquanto teorias de interpretação, guardam similaridades implica dizer que os binômios existentes na música, apontados na seção anterior, podem ser adaptados para o direito. Constantemente, doutrinadores enfrentam discussões sobre teoria do direito em que se coloca o peso do texto *versus* a promoção de certos valores; o protagonismo do legislador *versus* o protagonismo do juiz (o que se vê na oposição entre *civil law* e *common law*) e a flexibilidade ou inflexibilidade dos enunciados normativos que orientam o processo de tomada de decisão. Diferentes concepções de direito podem fazer com que a métrica de cada binômio oscile em seus respectivos intervalos, e procurar-se-á, após breve revisão conceitual, investigar como os intérpretes citados neste trabalho consideraram estas concepções na sua tomada de decisão.

Frederick Schauer nos ensina que a interpretação de enunciados normativos [*statutory interpretation*] para aplicação do direito geram três tipos de casos: o primeiro é quando a linguagem do enunciado normativo é capaz de oferecer uma resposta clara e satisfatória ao caso concreto; o segundo é quando o sistema não oferece uma resposta; por fim, o terceiro é quando o enunciado normativo oferece uma resposta clara e insatisfatória.<sup>158</sup> Ainda segundo o autor, o primeiro caminho é aquilo que se chama, em teoria do direito, de caso fácil [*easy case*]. O segundo e o terceiro, de casos difíceis [*hard cases*]. Note-se também que o direito oferecer uma resposta clara ao caso concreto não significa que se trata de um caso fácil.

157 Leal (2017, p. 100).

158 Schauer (2009, p. 156-157).

Tratemos inicialmente do primeiro e terceiro casos para, em seguida, tratarmos do segundo.

Nesta primeira dupla, a estrutura conceitual de Schauer trabalha com uma ideia fundamental: a de *clareza do texto*. No primeiro caso citado pelo autor, a doutrina sequer se debruça muito sobre o tema, porque se o enunciado normativo oferece uma resposta clara, precisa, determinada e satisfatória para o caso concreto, cabe ao juiz interpretar o texto conforme esse núcleo de certeza e aplicá-lo. Ainda que haja outras opções adequadas para solucionar o problema, dificilmente, nestes casos, o resultado será transversal àquele que o sentido literal do texto propõe.<sup>159</sup> A interpretação/aplicação do direito se esgota, portanto, sem considerações extrínsecas ao próprio texto normativo. Nesta situação, opera-se um tipo de interpretação que Wroblewski e Dascal chamam de “L-interpretação” (*interpretation sensu largo*): quando o significado contido em um signo linguístico pertence a uma determinada linguagem e sua eventual textura aberta ou vagueza não são satisfatoriamente capazes de gerar compreensões ambíguas ou suficiente para ensejar divergência entre todas as partes do discurso. Seu uso se dá de acordo com as regras dessa linguagem e cujo significado é aceito entre os agentes que se comunicam.<sup>160</sup>

Uma outra situação — a terceira proposta por Schauer — é quando o enunciado claro gera um resultado que o intérprete reputa ruim no mundo. Neste caso, o texto normativo, que é claro, tem uma aplicação reputada insatisfatória. Diferentemente da situação anterior, este é um tipo de caso que chama atenção de muitos debates acadêmicos. Nestas circunstâncias, o caso não é considerado difícil em função de uma indeterminação linguística, mas sim porque o direito oferece uma resposta ao caso que plausivelmente não é a melhor, ou mesmo sequer boa.<sup>161</sup> É sobretudo nestas últimas hipóteses que se entende que a interpretação musical se comunica com a interpretação jurídica no escopo deste trabalho. Joaquim Falcão, alertando que é comum que o comportamen-

159 “When language itself provides a plausible answer — the first category — that is typically the end of the matter. If the words of the law provide a sensible solution to a problem or a dispute, even if not the only sensible answer, it is rare for the literal meaning of the words not to determine the legal outcome.” (SCHAUER, 2009, p. 157)

160 Cf. DASCAL, Marcelo; WROBLEWSKI, Jerzy. **Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law**. Law and Philosophy, Vol. 7, N.º. 2 (Aug. 1988), pp. p. 203, 215. “Interpretation sensu largo [L-interpretation] means an ascription of meaning to a sign treated as belonging to a certain language and as being used in accordance to the rules of that language and to accepted communicative practices. To understand a linguistic sign means, thus, to L-interpret it. Semantics and, as will be argued below, also pragmatics are concerned with interpretation in this sense. [...] This corresponds, in pragmatic terms, to its being (L-) interpreted transparently, i.e., with no need to look for a meaning other than its semantically computed utterance meaning. (DASCAL; WRÓBLEWSKI, 1988, p. 203, 215).

161 Dascal e Wroblewski (1988, p. 203, 215).

to judicial no Brasil seja orientado pela aplicação da justificação subjacente às regras, explica como opera estas duas dimensões dos casos difíceis:

Não é incomum que a finalidade subjacente da norma seja utilizada na justificação de decisões judiciais, tanto para afastar a sua incidência em um caso que se enquadrem nas expressões lingüísticas que aparecem no texto da norma, como para aplicar a norma a um caso que não se enquadre perfeitamente na sua hipótese de incidência. Dada essa propriedade da decisão “baseada em regras”, é geralmente reconhecida a possibilidade de os juízes aplicarem diretamente a finalidade subjacente à regra, especialmente em casos nos quais o apego puro e simples à formulação normativa — isto é, a recusa em considerar qualquer outro elemento não reconduzível ao texto — possam levar a resultados tratados como “absurdos”.<sup>162</sup>

Uma tomada de decisão orientada por justificações subjacentes ao texto normativo no caso concreto precisam de uma manipulação intelectual maior do que a mera interação com os enunciados da lei.<sup>163</sup> Insere-se, portanto, no grupo dos casos difíceis.

Casos difíceis exigem outro tipo de interpretação, conforme o olhar de Dascal e Wrobléwski. Trata-se do que chamam de “S-interpretação” (*interpretation sensu strictu*), em que o significado de dados sinais lingüísticos carrega um elemento de dúvida que compromete de cumprir com o seu propósito comunicativo. Segundo os autores:

Unlike L-interpretation, S-interpretation refers, thus only to ‘problematic’ understanding, due to such phenomena as obscurity, ambiguity, metaphor, implicitness, indirectness, change of meaning etc. Legal practice often faces such problems, and consequently there is a tendency to view this sense of ‘interpretation’ as the only relevant one for law.<sup>164</sup>

Dascal e Wrobléwski defendem que situações nas quais se deve operar a S-interpretação precisam de uma complementação semântica por parte do intérprete mediante extração de informações contextuais. Para eles, o intérprete

162 Cf. Falcão, Schuartz e Werneck (2006, p. 95).

163 É um modelo interpretativo similar ao terceiro apresentado por Stenzl e Zedlacher (1995).

164 Dascal e Wróblewski (1988, p. 204).

deve realizar<sup>165</sup> este levantamento de dados para que complete ou especifique sentenças cujos significados são incompletos para um determinado caso, ou que em uma situação diversa da vida significariam algo completamente diferente.<sup>166</sup>

Os autores conceituaram dois tipos de interpretação: um para casos fáceis (*senso largo*), outro para casos difíceis (*senso stricto*). A adoção de qual tipo de interpretação depende necessariamente da ideia de clareza, conforme lecionam:

Two relevant facts are beyond dispute: (a) not all applied legal texts are S-interpreted; and (b) sometimes the alleged clarity of the text is used as an argument for its direct understanding and against the need of S-interpretation. These two bona fide facts justify the use of the concepts of S-interpretation and clarity in the description and explanation of legal practice.<sup>167</sup> (Grifos nossos).

Clareza é, portanto, uma ideia central.

Se olharmos os casos apresentados na seção 1.3.1, veremos que todos os argumentos que justificaram a aplicação de regras jurídicas invocados por Peluso (no caso de família) e por Eros Grau e Marco Aurélio (no caso de prisão em segunda instância) tem justamente a ver com a **clareza do texto**. Peluso mesmo chegou a fazer considerações sobre o fato de a regra não ser boa, haja vista o destaque que deu à doença que a autora da ação sofria por não ter a paternidade reconhecida, mas mesmo assim não deixou de aplicá-la. Da mesma forma, para Marco Aurélio e Eros Grau, considerações sobre a qualidade do resultado da aplicação da regra são pouco relevantes frente à clareza que estes juízes extraíram do texto.

Estas são posturas tipicamente formalistas. Juízes aplicam regras ao caso concreto, mesmo em detrimento dos efeitos desejáveis, não porque consideram o direito um fim em si mesmo, mas porque consideram que o apego ao texto é uma via que leva à concretização de valores mais importantes que os trazidos pelo casuísmo, como a separação de poderes e a segurança jurídica. Esta é a fala de Beever ao tratar do formalismo no direito e na música, *in verbis*:

165 Usa-se o anglicismo deliberadamente, porque Jack Balkin já havia defendido que juízes e músicos são *performers*, algo cujo significado entendo que oscila entre intérpretes e executores, mas não é exatamente um destes termos. V. Balkin (2013).

166 "Let us call the meaning thus 'completed' the 'utterance-meaning'. It was soon realized, however, that (a) not only deictics are responsible for 'incompleteness' of sentence-meaning and (b) even the completed utterance-meanings may not correspond to what is actually conveyed by an utterance in a given communicative situation. Examples of (a) are the implicit comparatives such as tall in John is tall, whose interpretation implies a reference to a standard or average that has to be gathered from the context. Examples of (b) are the so-called conversational implicatures (e.g., I have a lot of work to do today meaning, in a given context, 'The interview is over')." (DASCAL E WRÓBLEWSKI, 1988, p. 213)

167 Dascal e Wróblewski (1988, p. 215).

The formalist accepts that the law ought to make the world a better place. But it need not do this by causing wanted effects. The law may cause such effects and may be valued, in part, because it does so, but those effects do not belong to the law as such. They are, if you like, positive externalities in the way that the listener's pleasure is a valuable effect of music but does not actually belong to the music. Rather, the formalist insists, the law makes the world a better place, not because of what it brings about, but because of what it is.<sup>168</sup> (Grifos nossos).

A despeito de uma postura apegada ao texto ter a possibilidade de gerar injustiças no caso concreto, o formalismo, segundo Schauer, é relevante por realizar valores como democracia e Estado de Direito.<sup>169</sup> Pode-se dizer até que estes valores são decorrência da realização de outros valores, quais sejam, separação de poderes e segurança jurídica, respectivamente. Mas, orientados por estes valores, o que se vê é que a clareza do texto é uma variável que constrange o intérprete a se apegar ao texto. É dentro dessas fronteiras que a legitimidade do juiz está adstrita.

Vale dizer que o constrangimento do juiz às prescrições do texto não significa que ele não possa derrotá-lo. Enfrentar um texto normativo cuja aplicação o juiz, por alguma razão, considera inadequada envolve uma operação interpretativa diferente que deve considerar variáveis extratextuais. Para derrotar uma regra no caso concreto, o juiz depende de variáveis de caráter autoritativo igual ou superior ao comando incidente. Os limites da identificação dessas variáveis é sempre algo extremamente controverso na doutrina porque envolve diferentes concepções de direito. Não formalistas admitem o avanço nas consequências e na justificação subjacente aos textos normativos para derrotá-los. Formalistas, por outro lado, se fazem, sempre com muita restrição.

Essa concepção de direito guarda profundas relações com o caso Schubert. Pensando nesse exemplo musical, vemos que a operação hermenêutica do intérprete o levou à conclusão de que ele não deve destoar dos comandos gráficos na execução da peça. Vê-se também que a obra se insere em um contexto no qual, por mais que se considere colidente com a linguagem que o próprio compositor desejou, há de se seguir o que o texto claramente comanda. Há um valor intrínseco a esse tipo de realização musical, que é o prestígio àquilo que foi grafado, em detrimento de quaisquer outras considerações que o intérprete considere autoritativas o suficiente.<sup>170</sup> Ainda que o intérprete considere, indivi-

168 Beever (2011, 234).

169 Schauer (2009, 165).

170 Vide nota 149 *supra*.



dualmente, que o compositor possa ter se equivocado. É da ética desse tipo de realização musical a deferência do intérprete às prescrições, à vontade grafada do compositor. É como se fosse um princípio da primazia da grafia musical e seu significado, quando claro. É o que esclarece, mais uma vez, Stravinsky:

It is taken for granted that I place before the performer written music wherein the composer's will is explicit and easily discernible from a correctly established text. [...] [T]heoretically, one can only require of the executant the translation into sound of his musical part, which he may do willingly or grudgingly[...].<sup>171</sup>

Nesse contexto, se supuséssemos que intérpretes dessa corrente musical fossem capazes de operar a interpretação jurídica, eles seriam simpáticos à postura de Peluso, Grau e Marco Aurélio. Isso não quer dizer que não haja argumentos razoáveis para que o direito espere desses intérpretes a postura que adotaram, pois, afinal, há normas jurídicas que determinam que juízes não apliquem normas inconstitucionais, por exemplo. No caso Peluso, que opera no plano infraconstitucional e, portanto, admite controle difuso de constitucionalidade, há argumentos persuasivos o suficiente para derrota da regra em questão. A prescrição da regra é clara e cognoscível, mas sua aplicação poderia gerar um resultado inconstitucional. Há alguma espontaneidade do intérprete na medida em que há de se fazer uma avaliação de constitucionalidade da norma quando, por ventura, se tratar de inconstitucionalidade. Todavia, esta postura reza por um prestígio do texto como um caminho de prestigiar seu autor.

Por outro lado, os jazzistas não olhariam com bons olhos esse tipo de postura. O *jazz* considera que o texto é meramente instrumental, podendo ser alterado, derrotado e manipulado em nome de outros valores estéticos que o intérprete vise prestigiar. E antes que se cogite novamente que isso é produto de puro arbítrio, já se ressaltou nas seções anteriores que o próprio *jazz* se tornou uma ferramenta metodológica de criação espontânea por parte do executante. Transcendeu para além de ser um mero estilo musical. Então, até mesmo nas situações em que uma prescrição do texto soe satisfatória, o intérprete pode ter condições de derrotá-la mesmo assim. Tal como vimos, a teoria da música oferece amplos subsídios teóricos para justificar “decisões sonoras” do músico. E mais: ainda que não a justifique, a ideia de *jazz* é intrínseca à de liberdade. Poderia, portanto, sequer justificar se o intérprete não quiser.

Não é dada essa prerrogativa ao juiz.<sup>172</sup> Ele deve fundamentar sempre as escolhas que faz. A diferença do jazzista para o juiz, enquanto intérpretes, é

171 Stravinsky, Knodel e Dahl (1947, p. 123-124).

172 Art. 93, IX, da CFRB/88.

que aquele conta com um amplo arsenal metodológico para criação espontânea de “soluções musicais” consistentes, podendo suplantá-las em relação ao texto prescritivo. O juiz, por outro lado, sofre a crítica de combativa doutrina de que concepções de direito que sempre prestigiem a consecução de valores abstratos em detrimento de regras carecem de rigor metodológico.<sup>173</sup> Posturas como essa prestigiam espontaneidade<sup>174</sup> em detrimento do texto, e prestigiam a liberdade do intérprete em detrimento da prescrição do texto e da vontade do seu autor.

Mas há um outro cenário dentre aqueles citados por Schauer. É o segundo caso citado pelo autor: quando há ausência de clareza. Esta é uma outra espécie de caso difícil, que o direito enfrenta diuturnamente. Ainda segundo Schauer (2009, p. 157), esta hipótese trata de quando o direito não oferece respostas a um problema jurídico em questão por duas razões: seja porque os enunciados normativos incidentes são vagos (ex.: “dignidade humana”; “equidade”; “razoabilidade”), seja quando textos normativos são claros, mas, se aplicados por analogia a um caso concreto, tornam-se vagos.<sup>175</sup> Ou ainda uma terceira possibilidade a acrescentar à teoria de Schauer, que é quando enunciados de igual estatura normativa, mas com prescrições contrastantes, exigem a imposição de limites ao sentido mais próximo da literalidade do texto normativo examinado no caso concreto.

Essa última postura foi a que pareceu terem adotado os ministros Ellen Gracie e Edson Fachin no caso da prisão em segunda instância. Em certas situações, juristas inevitavelmente têm de operar mecanismos de harmonização de normas colidentes ou conflitantes quando guardam estatura equivalente, sobretudo quando se fala de interpretação constitucional. A dificuldade de se L-interpretar a Constituição é porque o seu texto está imbuído de termos vagos, amplos e de uma carga política de altíssima relevância, em que as fronteiras do direito e a política, economia, estatísticas, ciências sociais e outras áreas podem se misturar no processo de fundamentação decisória.

A S-interpretação, operação interpretativa para casos difíceis, às vezes é inevitável. O caso dos veículos no parque do Professor Hart evidencia quanto o esforço por uma busca da justificação subjacente da norma é fundamental para a solução do caso concreto. Tão relevante quanto são situações em que se opta por uma alternativa jurídica mais distante do núcleo de certeza do texto normativo, que geram mais utilidade em um caso concreto.

---

173 Quanto ao direito alternativo, v. Grau (2014, p. 154). Quanto à doutrina do direito civil-constitucional, v. Leal (2015, p. 103-108).

174 E aqui, falo de espontaneidade orientada por justificativas decisórias, que não necessariamente derivam de puro arbítrio.

175 Schauer (2009, p. 157).

Todavia, há uma dificuldade em se enxergar o direito como uma ferramenta útil se chegarmos à conclusão diversa da de que o recurso à investigação da justificação subjacente da norma (da vontade legislativa ou outras justificativas extratextuais) deva ser extremamente subsidiário. É o que sustenta Fernando Leal, ao defender, por outro viés, sua crítica à doutrina do direito civil-constitucional. Sustenta o autor que, a despeito do seu correto fundamento em assegurar maior efetividade às prescrições da Constituição, segue-se uma rota metodológica que aumenta o número de variáveis de cognição necessárias para se chegar a um resultado.<sup>176</sup> É, portanto, suscetível de um viés particularista, que privilegia alguma espécie de maximização do caso concreto em prejuízo dos potenciais efeitos sistêmicos que a emergência de um precedente pode gerar.<sup>177</sup> Se a escolha por S-interpretação se dá em razão de uma promoção de valores que o julgador reputa desejáveis em detrimento do enunciado do texto, é possível até que se maximize utilidade no caso concreto, mas cria precedentes para que esse juízo de conveniência não tenha uma percepção maximizadora em relação ao sistema, e até mesmo aos olhos das partes em outros casos.

Quando o Parlamento promulga um enunciado normativo, não se promulgou conjuntamente as justificativas do projeto respectivo. Por essa razão que o prestígio ao texto há de ser considerado, porque ele possui o escrutínio do processo legislativo, que é a expressão notável do poder político em um Estado Democrático de Direito. As intenções não se submeteram à votação no Parlamento. Por isso, há de ser ideológico do direito que o enunciado normativo prolatado — ou seja, o artigo da lei — foi o único acordo a que foi capaz de chegar o Parlamento, ainda que com suas possíveis ambiguidades e contradições. É o que nos alerta Jerome Frank, naquilo que chamei de razão pragmática para deferência ao texto (seção 2.2.): “[w]hile the musical composer is a definite known person, when judges speak of the legislature’s intention or purpose, they have difficulty in ascertaining to what persons they refer”.<sup>178</sup>

A música, como se vê, está menos suscetível a este tipo de problema hermenêutico, que é a aguda falta de clareza. É normalmente suficientemente claro para o músico-intérprete qual é o grau de liberdade que ele tem em relação ao texto quando executa uma peça musical, de maneira que as eventuais dificuldades interpretativas residiriam em alguma atecnia na grafia do texto por parte do autor ou alguma limitação de proficiência do leitor. Isso não quer

176 Cf. Leal (2015, p. 98). Cita o professor que são problemas dessa corrente “(i) o aumento de variáveis no processo decisório; (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, isto é, a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionadas.”

177 Leal (2015, p. 98).

178 Frank (1947, p. 1269).

dizer que inexista casos de vagueza na música. Haverá momentos em que o intérprete não encontrará explícito no texto certas lacunas que precisam ser preenchidas para uma execução proficiente.

Na seara jurídica, Mauro Cappeleti, para ilustrar casos como esse, acaba por se valer desse fenômeno para defender uma visão mais alargada acerca da liberdade do juiz, a partir do momento em que entende que os textos legislativos estão sempre inevitavelmente sujeitos a mudanças e aberto a questões incertezas, *in verbis*:

Por mais que o intérprete se esforce para permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre — porque não há texto musical ou político, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.<sup>179</sup>

Todavia, apesar de ser uma consideração oportuna, esta linha argumentativa normalmente é utilizada para *travestir de direito uma agenda do intérprete*, fugindo-se do núcleo de certeza dos textos normativos. Repise-se: isso não significa dizer, por óbvio, que não exista zona de penumbra na linguagem quando o juiz interpreta para decidir, mas igualmente não se deve dizer que o texto *per se* seja sempre insuficiente para a solução de controvérsias jurídicas. E ainda que o texto não seja suficiente por si só para solucionar um problema e depender de outros critérios normativos para tal, a falta de clareza não é um salvo-conduto decisório para o juiz, como disse o ministro Zavascki em sua palestra:

Agora, o importante, tanto na interpretação da lei, tanto nesse processo de extrair de um texto o seu sentido real, como nessa outra hipótese de produzir uma norma para colmatar uma lacuna do legislador, em qualquer caso, o papel do juiz não é absolutamente discricionário. O juiz não pode, a pretexto de interpretar a lei, retirar da lei um sentido essencial. O seu sentido essencial.<sup>180</sup>

A identificação do sentido essencial da lei, a que se refere Zavascki, nem sempre é algo trivial. Não se busca aqui identificar metodologias que sugiram

179 Cappeleti *apud* Grau (2002, p. 75).

180 A “referência” não se compõe de registro sonoro; logo, não faz sentido indicar o tempo da fala do palestrante. Zavascki (2016).

qual seja o caminho para identificar sentidos essenciais das normais, se é que isso seja possível. Esta é, inclusive, uma pergunta cujo debate e o nível de profundidade não conhecem limites. Permito-me apenas uma colocação musical, já feita por Stravinsky. Quando há elementos obscuros na música a serem identificados, sugere-se que é o saber prático que capacita o intérprete/executor a completar adequadamente as lacunas do texto. Stravinsky explica essa linha:

But no matter how scrupulously a piece of music may be notated, no matter how carefully it may be insured against every possible ambiguity through the indications of *tempo*, shading, phrasing, accentuation and so on, it always contains hidden elements that defy definition, because verbal dialectic is powerless to define musical dialectic in its totality. The realization of these elements is thus a matter of experience and intuition, in a word, of the talent of the person who is called upon to present the music.<sup>181</sup>

O formalismo judicial é uma prática orientada pelo prestígio da L-interpretação, na medida em que juízes exerçam esforços para que fiquem adstritos para o núcleo de certeza dos enunciados normativos. E o que é muito peculiar nas imbricações entre direito com a música é que houve uma convergência histórica em que ambos operassem conforme esta mesma ideologia. Esta é a lição de Desmond Manderson, quando fez um resgate histórico de uma ideia primitiva de formalismo, mas que se desenvolveu ao longo dos séculos:

Formalism or classicism was then an essential strategy for both the social legitimation of lawyers and musicians, and the political legitimation of their enterprises. That strategy was based not on judgment but on technique, not on individual discretion but on the privilege accorded to the text. So the key in both law and music by the end of the eighteenth century lay in these two features: first, a language of purity, abstraction, formal rigor, internal coherence, and artificial reason. [...] And second, in the decline of the decline of practices of judgment and improvisation, and their replacement by judicial and musical subservience to the goal of a faithful reproduction of the written text, the *werktreue* in which “the great performer disdains to let his personality intervene in any way.”<sup>182</sup>

181 Stravinsky, Knodel e Dahl (1947, p. 123).

182 Manderson (2011, p. 5).

#### 4. Conclusão

Este trabalho se dividiu em duas partes fundamentais: descritiva e normativa. A primeira buscou apresentar uma justificativa teórica sobre o porquê de o recurso à analogia musical, para explicar interpretação jurídica, é tão eficiente. Demonstrou-se que música e direito se aproximam profundamente se compreendidos enquanto teorias da interpretação. Tal perspectiva implica dizer que há elementos semelhantes na operação de suas atividades, quais sejam: o texto e seu autor, o intérprete, o receptor e a ideia de estética. A forma de operar estes elementos é orientada por pilares diferentes a depender de seu contexto. Gêneros musicais distintos oscilam entre binômios de deferência ao compositor ou ao intérprete; o texto e a espontaneidade; a formalidade e a informalidade.

A apresentação de problemas de interpretação no direito e na música buscou demonstrar que ambos possuem uma forma semelhante de enfrentá-los. Métodos e teorias de interpretação de determinadas partituras musicais visam buscar a consecução de valores estéticos condizentes com o respectivo gênero musical, da mesma forma que técnicas hermenêuticas aplicadas a enunciados normativos visam atingir diferentes valores da ideia de direito (democracia, Estado de Direito, racionalidade etc.).

A separação das atribuições do compositor e do intérprete é pragmática e estética. O pragmatismo tem a ver com a possibilidade de se executar a obra de compositores sem que eles estejam fisicamente presentes (ou mesmo vivos), e a estética tem a ver com a ideia de prestigiar aquilo que foi idealizado por ele na execução musical, privilegiando as instruções presentes no texto musical. Já a separação do legislador e do intérprete no direito tem a ver consecução de objetivos que transcendem a estética. Um desenho que prestigie valores como separação de poderes, garantias nos ritos processuais, segurança e previsibilidade se revelou um modelo eminentemente orientado na expectativa de um intérprete virtuoso que, mediante o casuísmo, será capaz de resolver os problemas que lhe são submetidos. Sem falar que prestigia aqueles cujo poder foi outorgado pelo voto popular.

Compositores se legitimam por si mesmos. Na música, sobretudo tradicional europeia, vige a primazia do compositor sobre o intérprete. O legislador, por outro viés, se legitima pela Constituição, em primeiro lugar, e pelo voto, em seguida. No Brasil, não vige a supremacia do Parlamento,<sup>183</sup> como se vê na

---

183 Cf. Reino Unido. Suprema Corte Britânica. **R. v Secretary of State for Exiting the European Union (Miller I)**. d.J. 24/01/2017. "This is because Parliamentary sovereignty is a fundamental principle of the UK constitution, as was conclusively established in the statutes referred to in para 41 above. It was famously summarised by Professor Dicey as meaning that Parliament has "the right to make or unmake any law whatsoever; and further, no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament"

Inglaterra,<sup>184</sup> mas a primazia da Constituição, que admite que juízes derrotem regras que entendem confrontarem com este documento que é fonte de toda legitimidade.

Os valores estéticos que são vistos na interpretação musical se expressam através de métricas que oscilam entre o protagonismo do compositor *versus* o intérprete; do *texto versus* do casuísmo; da *formalidade versus* da informalidade. O direito pode ser observado a partir dessas métricas e identificar um desenho que mais atenda os princípios constitucionais que norteiam a jurisdição. Entende-se que o direito é mais justo quando vige um prestígio à vontade do legislador, ao enunciado do texto e ao devido processo legal. Todavia, não plenamente. O caso concreto pode exigir do intérprete uma criatividade para a solução do caso concreto, o desprestígio do texto por gerar uma aplicação inconstitucional ou mesmo que se submeta a alguma convenção processual a fim de que o direito das partes seja melhor assegurado. Este improviso realizado pelo intérprete jurídico se orienta mediante técnicas e métodos que o fundamentam e, portanto, legitimam essa flexibilidade. Não é um improviso de puro arbítrio, mas um improviso metodológico.

Cabe ressaltar, ainda, que a ideia de direito está impregnada pela noção de estética. Retórica, símbolos e imagens podem não só interferir diretamente o *iter* hermenêutico do intérprete, como também pode influenciá-lo de forma imperceptível, por vias das heurísticas e vieses. Deram-se justificativas, nas palavras de Manderson, metodológicas, epistemológicas e normativas da força da estética no direito, que, por intuitivo, é um valor intrínseco a música.

A segunda parte buscou aproximar cânones de interpretação musical ao de interpretação jurídica, e identificou-se profundas semelhanças entre o formalismo jurídico e o musical, a despeito de se tratarem de textos profundamente distintos (o primeiro opera com palavras; o segundo, com notações musicais). A aproximação desses cânones visou evidenciar que a semelhança entre direito e música transcende a analogia pedagógica e pode ser um instrumento útil para identificação de quais valores devem nortear o processo hermenêutico, de um ou de outro.

Já dizia Desmond Manderson (2000, p. 33) que “[w]hile “law and literature” has at times a weak understanding of law, “law and economics” has a weak

---

<sup>184</sup> É de se deixar claro que, apesar de haver um princípio da supremacia do Parlamento na Inglaterra, isso não significa que não haja estatutos normativos com status constitucional. O próprio excerto da decisão acima deixa isso claro. “According to Dicey, the United Kingdom has an unwritten, or partly written, constitution. That proposition is acceptable inasmuch as it is another way of stating that there is no single authoritative text. But is quite inaccurate if it is taken to mean that there is *no written* constitutional law”. (BARENDT, 1998, p. 32).

understanding of human beings”.<sup>185</sup> Quem sabe “direito e música” talvez não possa ter uma noção melhor de ambos.

## Referências bibliográficas

### 1. Livros

BARENDT, Eric. **An introduction to constitutional law**. Oxford, England: Oxford University Press, 1998.

BREYER, Stephen. **Pour une démocratie active**. Paris: O. Jacob, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DANTO, Arthur. **The philosophical disenfranchisement of art**. New York: Columbia University Press, 2005.

DAVIES, Stephen. **Musical understandings and other essays on the philosophy of music**. New York: Oxford University Press, 2011.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**, Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (org.). **História oral do Supremo [1988-2013] — Cezar Peluso**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio/discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

---

185 Manderson (2000, p. 33).



HOBSBAWM, Eric. **História social do jazz**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir. **A música e o inefável**. Almedina: Lisboa, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Fernando (org.). **Direito privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia**. São Paulo: Malheiros: FGV Direito Rio, 2016.

MANDERSON, Desmond. **Songs without music: aesthetic dimensions of law and justice**. Los Angeles, CA: University of California Press, 2000.

MED, Bohumil. **Teoria da música**. Brasília, DF: Musimed, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROULAND, Norbert. **Retour du Brésil: impressions d'un juriste anthropologue français**. Paris: L'Harmattan, 2018.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SCHEICARA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SCHENKER, Heinrich. **The art of performance**. Oxford, England: Oxford University Press, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur; PAYNE, E.F.J. **The world as will and representation**. New York: Dover, 1966. 2 v.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCRUTON, Roger. **Understanding music**. London, England: Continuum, 2009.

SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre normes et sensibilité: droit et musique**. Hommage à Norbert Rouland. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2017.

STRAVINSKY, Igor; KNODEL, Arthur; DAHL, Ingolf. **Poetics of music: in the form of six lessons**. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1947.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2018.

## 2. Artigos

ALPERN, Wayne. Music theory as a mode of law: the case of Heinrich Schenker, Esq. **Cardozo Law Review**, New York, v. 20, n. 5-6, p. 1459-1511, May-July 1999.

BALKIN, Jack M. Verdi's high C. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 91, n. ???, p. 1686-1709, 2013.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Law, music and other performing arts. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, PA, v. 139, n. 6, p. 1597-1658, June 1991.

BARRETT, Terry. Principles for interpreting art. **Art Education**, Alexandria, VA, v. 47, n. 5, p. 8-13, Sep. 1994.

BEEVER, Allan. Formalism in music and law. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, ON, v. 61, n. 2, p. 213-239, Apr. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 170-193.

CLARK, Ann. Is music a language? **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Denver, CO, v. 41, n. 2, p. 195-204, Winter 1982.

DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law. **Law and Philosophy**, New York, NY, v. 7, n. 2, p. 203-224, 1988.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luiz Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, p. 79-112, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Moses und Aron: música e libreto de Arnold Schoenberg. **Cadernos FGV Direito Rio: Educação e Direito**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 195-200, 2015.

FRANK, Jerome. Words and music: some remarks on statutory interpretation. **Columbia Law Review**, New York, NY, v. 47, n. 8, p. 1259-1278, Dec. 1947.

FULLER, Lon. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 71, n. 4, p. 630-672, Feb. 1958.

GOEHR, Lydia. Being true to the work. **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Denver, CO, v. 47, n. 1, p. 55-67, Winter 1989.

GOULD, Carol S.; KEATON, Kenneth. The essential role of improvisation in musical performance. **The Journal of Aesthetics and Art Criticism**, Denver, CO, v. 58, n. 2, p. 143-148, Spring 2000.

IZZO, Valerio Nitrato. Interprétation, musique, droit : *performance* musicale et exécution de normes juridiques. **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, Bruxelles, v. 58, n. 1, p. 99-127, 2007.

IZZO, Valerio Nitrato. L'Improvisation dans le jugement juridique : similitudes et différences entre musique et droit. *In* : SIGNORILE, Patricia (dir.). **Entre normes et sensibilité** : droit et musique. Hommage à Norbert Rouland. Aix-Marseille : Presses Universitaires, 2017. p. 91-104.

KORNSTEIN, Daniel J. Introductory remarks: panel on politics. **Cardozo Law Review**, New York, v. 20, n. 5-6, p. 1331-1334, May-July 1999.

LACERDA, Gabriel. Direito e ópera: estímulos a uma percepção sensível do direito. **Cadernos FGV Direito Rio: Educação e Direito**, Rio de Janeiro, v. 11, 2015.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 245-268, jan-jun. 2014.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**: revista do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre, n. 33, out./dez. 2015.

LEAL, Fernando. A constituição diz o que eu digo o que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 11, n. 36, jan./jun. 2017.

MANDERSON, Desmond. Fission and fusion: from improvisation to formalism in law and music. **ANU College of Law Research Paper**, nº. 12-41, 2011.

MANDERSON, Desmond; CAHILL, David. Modes of law: music and legal theory — an interdisciplinary workshop introduction. **Cardozo Law Review**, v. 20, n. 5-6, May-July 1999.

REIMANN, Heli. Jazz versus classical music: their objects and criteria for aesthetical evaluation. **Proc. of the Hawaii Int. Conf. on Arts and Humanities**, 2003.

RUFFIER-MERAY, Jahiel. Lire la partition juridique — interpretation em droit et musique. In: **INTERPRETER & TRADUIRE**. Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005. Faculté de Droit de Toulon. Ed. Bruylant Bruxelles, 2007.

SATIE, Luis. Direito e estética: nota crítica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, jul.-dez. 2010.

STENZL, Jürg; ZEDLACHER, Irene. In search of a history of musical interpretation. **The Musical Quarterly**, v. 79, n. 4, Winter 1995.

STRAYER, Hope R. From neumes to notes: the evolution of music notation. **Music and Worship Student Presentations**, 14, 2013.

VERMEULE, Adrian. Três estratégias de interpretação. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147-153.

### 3. Palestra

ZAVASCKI, Teori. Impacto das crises nas instituições públicas: credibilidade, segurança jurídica e desburocratização. Proferida em 6 de junho de 2016. Rio de Janeiro: Centro Cultural FGV, 2016.

#### 4. Jurisprudência

BRASIL. STF. **HC 84.078**. Rel. Min. Eros Grau. D.J. 26.02.2010.

BRASIL. STF. **ADC 43, 44/MC**. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão, Min. Edson Fachin, D.J. 06.03.2018.

BRASIL. STJ. **REsp 1.123.141**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. D.J. 07.10.2010.

BRASIL. STJ. **REsp 38.856**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. D.J. 21.06.1994.

BRASIL. STJ. **REsp 987.987**. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 05.09.2008.

REINO UNIDO. Suprema Corte Britânica. **R. v Secretary of State for Exiting the European Union (Miller I)**. D.J. 24/01/2017.

#### 5. Outros

EISENMANN, Henrique. **Anotações da *masterclass* proferida no Internal Compass Summer Jazz Course**, no dia 19 de agosto de 2019, em Mitzpe Ramon, Israel. Acervo pessoal do autor.

RUBENS, Peter Paul. **The Massacre of the Innocents**. 1610, óleo sobre tela, 142x183 cm, The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario.

#### Anexo I



RUBENS, Peter Paul. **The massacre of the innocents**. 1610.  
Oil on canvas, 142 x 183 cm. The Thomson Collection at the Art Gallery of Ontario.

# O PAPEL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

BRUNA DINIZ FRANQUEIRA

## Resumo

Estamos entrando em uma nova fase de representações estereotipadas, e ainda não sabemos como a sociedade deve encará-las. Tecnologias de inteligência artificial são utilizadas para tomadas de decisão acerca de diversos aspectos de nossas vidas. Hoje, algoritmos automatizados definem até mesmo as relações de trabalho e a empregabilidade de alguém. No entanto, esses sistemas de tomada de decisão incorporam vieses de diferentes formas, fazendo com que discriminações sociais sejam reproduzidas em escala por máquinas, sem que tenhamos conhecimento dos seus objetivos, funcionamentos e *inputs*. Para mulheres, essas novas formas de discriminação podem reforçar a divisão sexual do trabalho, de forma que a relevância social dos papéis atribuídos às mulheres (relacionados com a satisfação de homens) seja retomada a partir do uso de inteligência artificial em processos seletivos. Mesmo diante da incerteza dos efeitos, a automatização da contratação de pessoal é uma tendência atual, e empresas como a HireVue oferecem até mesmo serviços de entrevistas preditivas em vídeos para facilitar e reduzir o tempo de duração de processos de contratação. No presente trabalho, apresento as formas pelas quais o emprego dessas tecnologias pode reforçar a discriminação contra mulheres no mercado de trabalho, utilizando como principal caso de estudo a tecnologia da HireVue. Por ser um debate ainda tímido no Brasil, o objetivo principal é apenas fornecer uma compreensão geral de como ocorre a reprodução de vieses de gênero a partir do emprego de tecnologias de inteligência artificial.

## Palavras-chave

Mulheres. Gênero. Inteligência artificial. Vieses. Mercado de trabalho. Divisão sexual do trabalho. Discriminação. HireVue. Entrevistas preditivas em vídeo. Processo seletivo.

## Abstract

We are now beginning a new phase of stereotyped representations, and we do not know how society should approach them yet. Artificial Intelligence is being used for decision-making processes that effect different domains of our lives. Nowadays, even labor relations and someone's degree of employability are defined by automated algorithms. These decision-making systems, though, embed bias by different means, reproducing social discrimination on a larger scale, without us knowing about their objectives, functioning and inputs. For women, these new means of discrimination may reinforce the sexual division of labor. The social role assigned for women (related to the satisfaction of men's needs) is then reinstated through the application of Artificial Intelligence in selection processes. Notwithstanding the uncertainty of its effects, the automating hiring procedures is a current trend. Corporations, such as HireVue, offer predictive video interviewing services, in order to facilitate and reduce the length of others companies recruiting procedures. In this work, I present some of the means through which these technologies may reinforce discrimination against women in the workplace, by showing how HireVue might be doing so. The main objective of this essay is only to offer an overview about how the application of Artificial Intelligence reproduce gender bias.

## Keywords

Momen. Gender. Artificial Intelligence. Bias. Workplace. Sexual division of labour. Discrimination. HireVue. Predictive video interviewing. Hiring processes.

## Introdução

Imagine viver em uma sociedade na qual são atribuídas pontuações a todas as interações sociais. Nesse mundo hipotético, a média da avaliação de cada pessoa influencia em sua situação socioeconômica, e pode servir como limitador de acesso à moradia, bens de consumo e empregos. A popularidade em redes sociais e grau de interação que o restante das pessoas tem com suas publicações são alguns dos parâmetros utilizados para orientar o modelo matemático que gera sua média. Serviços médicos poderiam ser negados às pessoas que fogem dos padrões comportamentais largamente aceitos pela sociedade. Um tanto quanto assustador. A maior parte das pessoas acharia esse cenário surreal e aquelas que tenham assistido ao episódio *Nosedive*, da série britânica do Netflix, responderiam a essa teoria com um simples comentário: *Isso é tão Black Mirror*.<sup>1</sup>

---

1 IMDB. Nosedive, Black Mirror. 21/10/2016. Disponível em <<https://www.imdb.com/title/tt5497778/>>

O episódio conta a trajetória de uma mulher, obcecada com sua pontuação — já que até mesmo para se mudar para um apartamento melhor, ela precisa manter uma média elevada. Ao longo do episódio, sua média, antes admirável, começa a cair e, como consequência, a protagonista começa a ser impedida de comprar passagens de avião, alugar carros novos, e frequentar determinados locais. Em sua trajetória, conhece uma motorista de caminhão, que ficou viúva de seu marido acometido por um câncer, que não pôde realizar tratamentos porque sua nota não era suficiente para acessar os cuidados médicos devidos. De fato, esse mundo parece alguma teoria da conspiração, se fora do universo da ficção — comparável ao controle das máquinas sobre humanos.

A verdade, no entanto, é que vivemos em uma sociedade na qual a avaliação das pessoas é determinada por máquinas. Nossas chances de empregabilidade, os limites dos nossos cartões de crédito,<sup>2</sup>e o grau de periculosidade que representamos para a sociedade (AGWIN, et al, 2016; HAO e STRAY, 2019) são determinados por tecnologias de Inteligência Artificial (IA).<sup>3</sup>Há algum tempo, pessoas têm seus créditos negados de acordo com sua orientação sexual ou por conta da forma pela qual elas cuidam do quintal de suas casas (PASQUALLE, 2016, p. 22). O valor do preço dos planos de saúde pode variar de acordo com nossos padrões de consumo alimentar ou pesquisas no Google (PASQUALLE, 2015, p. 23-24). Modelos matemáticos, que pouco sabem sobre nós — e simplificam diversos comportamentos para fazer inferências acerca de nossas personalidades (O' NEIL, 2018, p. 105-112) — são instruídos a fazer correlações, muitas vezes injustas, sob o pretexto de otimizar e agilizar tomadas de decisões.

O cenário — inicialmente, absurdo — do episódio de *Black Mirror* só não é mais real porque, diferente do mundo ficcional, somente os detentores de poder é que têm acesso às avaliações e aos parâmetros utilizados para negar resultados positivos a algumas pessoas. Como será que ficam os grupos já marginalizados nesse mundo em que as decisões são tomadas por máquinas? Será que os valores discriminatórios são minimizados, a ponto de a IA ser desejável

---

2 GLOBO. Algoritmos reproduzem machismo e racismo por se basearem em práticas discriminatórias humanas. Novembro, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/algoritmos-reproduzem-machismo-racismo-por-se-basearem-em-praticas-discriminatorias-dos-humanos-24085081>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

3 É importante pontuar que não há uma definição sólida acerca do conceito de IA e que, segundo o autor Stan Franklin (2014, p. 15), isso se deve à ausência de um consenso sobre a definição de inteligência por pesquisadores da área. No entanto, conforme uma definição “provisória” fornecida pelos autores Arkoudas e Bringsjord (2014), IA é “o campo voltado para o desenvolvimento de artefatos capazes de exibir, em ambientes controlados e conhecidos, e ao longo de um período prolongado, comportamentos que consideramos inteligentes e, de forma mais geral, comportamentos que tomamos como coração do que é ter uma mente” (tradução livre de AKOUDAS; BRINGJORD, 2014, p. 34). Essa definição, no entanto, compreende uma série de tecnologias com diferentes arquiteturas e desenhos.



para promoção de diversidade? Há a crença de que a IA pode minimizar resoluções injustas em face de mulheres frequentemente penalizadas por decisões humanas enviesadas, tomadas com base em estereótipos que justifiquem a sua segregação.

Em um mundo marcado por noções sexistas, no entanto, a IA pode ser utilizada para reforçar representações de gênero estereotipadas. Assim como tudo o que nos cerca, algoritmos automatizados são desenvolvidos por humanos, orientados, em grande parte, por uma ótica machista, que atribui às mulheres apenas funções complementares aos homens. Esses valores, claramente discriminatórios, são incorporados por sistemas automatizados de tomada de decisão, e a discriminação é reforçada, ao invés de minimizada. Um dos grandes problemas é que, mesmo quando não há intenção de discriminar (ou quando há a intenção de efetivamente produzir efeitos mais justos), padrões sociais discriminatórios podem ser aprendidos ou reproduzidos por sistemas automatizados, tornando ainda mais essencial entender como isso acontece e como é possível combater essa nova forma de reforço de preconceitos de gênero.

Nesse sentido, com o objetivo de alertar ao estabelecimento de uma sociedade em que a grande parte das nossas decisões são tomadas por máquinas, o presente trabalho irá explorar as possíveis formas de discriminação automatizada que afetam (também, mas não somente) mulheres. Diante da magnitude de seus efeitos, irei focar, principalmente, na discriminação perpetrada contra mulheres no ambiente de trabalho por meio do uso de IA. Como essa forma de discriminação começa pelas barreiras que mulheres encontram para acessar o espaço público, o foco será igualmente no começo do processo de busca por trabalho: o processo seletivo.

Para isso, no primeiro capítulo irei esclarecer (i) como algoritmos podem se tornar discriminatórios, a partir da incorporação de vieses de diversas fontes, (ii) e quais as características inerentes às tecnologias de IA que as tornam perigosos meios de reprodução de estereótipos.

No segundo capítulo, será apresentado o cenário de discriminação de gênero no ambiente laboral, segundo a divisão sexual do trabalho, de acordo com o trabalho *Sexual Harassment of Working Women*, de Catharine MacKinnon (1979). Em seguida, apresento as formas pelas quais essa discriminação de gênero ocorre de forma automatizada no mercado de trabalho.

No último capítulo, utilizarei o exemplo da HireVue, companhia que oferece serviços de entrevistas preditivas em vídeo, para ilustrar como a discriminação de gênero pode ser reproduzida pela IA, a partir do reforço da divisão sexual do trabalho. A tecnologia da empresa foi escolhida pois seu funcionamento possibilita introdução de vieses de todas as categorias apresentadas no trabalho, além de conter as características perniciosas de um algoritmo.

## 1. Como os algoritmos discriminam

Sistemas informatizados são desenvolvidos por indivíduos com preferências e ideais moldados por suas experiências sociais, que acabam fazendo escolhas que levam à reprodução de seus valores nos modelos adotados por seus sistemas. Ao adotar uma visão mais restritiva, é possível argumentar em favor de uma inevitabilidade de algoritmos serem marcados por preferências, valores e vieses dos seus desenvolvedores, justamente por se tratarem de criações humanas.

Para aqueles que defendem advenços da revolução cibernética como as novas promessas de progresso econômico, político e social, por outro lado, soluções tecnológicas voltadas para tomada de decisão são vistas como remédios para a presença de incentivos intuitivos. Não por outro motivo, diversas companhias e atores estatais desenvolvem sistemas de *machine learning*<sup>4</sup> movidos pelo desígnio (ao menos em seus discursos) de reduzir a relevância de impressões pessoais em processos de tomada de decisão, já que decisões pautadas por preferências e valores pessoais podem gerar uma desconsideração de aspectos técnicos ou ameaçar o bem-comum.

Esse é o caso do COMPAS, algoritmo utilizado pelo sistema criminal dos Estados Unidos da América (EUA) que fornece uma “pontuação do risco” para cada réu ainda em fase de julgamento, com relação às chances de esse voltar a cometer novos crimes (HAO e STRAY, 2019). O objetivo do sistema é oferecer parâmetros, não vinculativos, para que juízes tomem decisões menos baseadas em suas intuições ou preferências quando deliberando acerca da necessidade de prisão preventiva.<sup>5</sup>

No entanto, até mesmo quando estamos lidando com as mais nobres intenções, é possível que vieses sejam inseridos em algoritmos, de forma que os resultados (*outcomes*) da sua operação reproduzam discriminações de grupos previamente marginalizados: após uma investigação realizada pela ProPublica

---

4 *Machine Learning* (aprendizado por máquina) é o maior subcampo da IA, que compreende uma grande quantidade de algoritmos por meio dos quais a máquina é ensinada a desempenhar tarefas compreendidas dentro do domínio de IA (OFCOM; CAMBRIDGE CONSULTANTS, 2019, p. 75), muitas vezes relativas à outras dimensões da inteligência, típicas de outros subcampos de IA — e.g., para tarefas de percepção, típica de outro subcampo da IA, a saber, a visão de máquina (FRANKISH; RAMSEY, 2014, p. 5).

5 Importante destacar que, não obstante a presunção de que o objetivo declarado de determinados algoritmos é o objetivo verdadeiro dos mesmos, o presente trabalho reconhece a sua limitação em determinar se há ou não interesses escusos por trás da implementação do algoritmo, os quais poderiam se resumir a apenas um desígnio de fornecer justificativas “numéricas” - as quais, normalmente, são dotadas de maior confiança - para perpetuar o encarceramento seletivo. Essa inferência seria possível quando consideramos que o algoritmo é um produto oferecido por atores privados, com interesses meramente lucrativos. “*The algorithm used to create the Florida risk scores is a product of a for-profit company, Northpointe. The company disputes our analysis*” (AGWIN, et al, 2019)

(ANGWIN, et al, 2016), confirmada em artigo publicado na revista digital do MIT, a *Technology Review* (HAO e STRAY, 2019), verificou-se que a probabilidade de o COMPAS atribuir elevadas pontuações de risco de reincidência é duas vezes mais alta para negros do que para brancos, até mesmo quando o sistema considera apenas réus que nunca haviam sido presos anteriormente.

Não obstante os prejuízos sociais da expansão dessa forma de tomada de decisão, que se pretende neutra mas traz resultados gritantes, a preocupação social com relação a episódios como esse ainda é latente. Em grande parte, esse cenário de despreocupação se origina diante da falta de compreensão com relação ao meio pelo qual vieses são introduzidos em sistemas informatizados (e, conseqüentemente, pelo desconhecimento da existência dessa — não tão — nova forma de discriminação).

Para trazer luz ao problema e para que seja possível começar a esboçar os possíveis caminhos de respostas jurídicas com vista a mitigar os potenciais negativos da discriminação incorporada em algoritmos, o presente capítulo irá apresentar uma categorização de vieses com base nas suas fontes de origem, para, em seguida, identificar os atributos de modelos matemáticos lesivos que fazem com que suas ameaças tenham alcances maiores e sejam mais difíceis de combater.

Nem todo algoritmo, por mais repleto de vieses que seja, irá impor, necessariamente, uma discriminação em face de determinado grupo de indivíduos: outros aspectos — como quais são os efeitos de sua implementação, quais dados utilizados, ou quais os objetivos almejados pelo uso do software — precisam ser levados em conta conjuntamente com a existência de vieses antes de denunciar o caráter discriminatório de um algoritmo.

A necessidade de estabelecer, preliminarmente, qual o conceito de viés que será abordado ao longo do trabalho é forçosa. Desde já, aponto que será utilizada a definição oferecida pelas autoras Batya Friedman e Helen Nissenbaum (1996), em seu trabalho *“Bias in computer systems”*, em que determina serem enviesados os sistemas que “sistematicamente e injustamente discriminam certos indivíduos ou grupos de indivíduos em favor de outros”<sup>6</sup>, desde que tais discriminações originem resultados não desejados, que sejam inapropriados ou razoáveis.

### 1.1 Categoria de vieses

A categorização utilizada no presente trabalho é uma reinterpretação da classificação de sistemas enviesados oferecida também por Friedman e Nissenbaum. A releitura da classificação das autoras, que leva em conta apenas vieses in-

6 No original: “(...) [computer systems that] systematically and unfairly discriminate against certain individuals or groups of individuals in favor of others” (tradução minha).

corporados nos próprios modelos matemáticos, foi necessária já que algumas subcategorias não são necessárias para o escopo do presente trabalho, como se verá adiante. Além disso, foi acrescida uma quarta categoria, que leva em conta vieses introduzidos nos dados usados para operar as instruções de um algoritmo (e não nos modelos matemáticos). Em 1996, enquanto as autoras publicavam o trabalho oferecendo uma classificação, o fenômeno que hoje faz essencial a adição dessa classe de vieses estava ainda se consolidando. Apenas no ano seguinte, em 1997, que foi rotulado o Big Data, advento tecnológico que propiciou a evolução de métodos de IA, como o *machine learning*.<sup>7</sup>

Optei por adicionar tal categoria tendo em mente a relevância da tecnologia de Big Data nos dias de hoje, essencial para viabilizar a coleta, o armazenamento e a manipulação da quantidade colossal de dados que a IA requer. A expansão da aplicação cotidiana de IA é intrinsecamente relacionada com melhorias, nas últimas duas décadas, no poder de processamento e na capacidade de armazenamento de dados, a um custo muito mais baixo diante da tecnologia de computação em nuvem (OFCOM; CAMBRIDGE CONSULTANTS, 2019 — p.15-16). Trata-se de um cenário propício para o uso da IA como instrumento do modelo capitalista contemporâneo, baseado no acúmulo de dados para controle social (ZUBOFF, 2019).<sup>8</sup> Essa categoria é importante porque, quando tratamos de algoritmos utilizados para viabilizar técnicas de *machine learning*, a escolha, quantidade e padrões dos dados vão direcionar o resultado buscado pela implementação da tecnologia de IA.

A seguir, explicarei cada uma das diferentes naturezas de vieses apresentadas por Nissenbaum e Friedman: vieses pré-existentes, vieses técnicos e vieses emergentes, que podem ser verificados concomitantemente em um só algoritmo, juntamente com os vieses incorporados pelos dados.

### 1.1.1 Vieses pré-existentes

Vieses pré-existentes são aqueles que antecedem o desenvolvimento do algoritmo (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 333), i.e., **encontram seus fundamentos na cultura, nas instituições, nos valores, nas preferências e nas ideologias**. Vieses pré-existentes podem ser originados a partir de inserções conscientes e

---

7 “Visualization provides an interesting challenge for computer systems: data sets are generally quite large, taxing the capacities of main memory, local disk, and even remote disk. We call this the problem of big data. When data sets do not fit in main memory (in core), or when they do not fit even on local disk, the most common solution is to acquire more resources” (ELLSWORTH e COX, 1997, p.1).

8 “Just as industrial capitalism was driven to the continuous intensification of the means of production, so surveillance capitalists and their market players are now locked into the continuous intensification of the means of behavioral modification and the gathering might of instrumentarian power” (ZUBOFF, 2019). Sobre capitalismo de vigilância e controle social por dados, cf Zuboff (2019).

voluntárias de valores e preferências ideológicas individuais do desenvolvedor ou do cliente, que requer o funcionamento do programa a fim de proporcionar resultados alinhados aos seus valores.

Nesse caso, estaríamos tratando uma discriminação explícita (SOSNICK, 2017, p. 5), na qual bens ou resultados positivos são negados a um determinado grupo por conta de atributos que a ele sejam inerentes. É o caso de um modelo de coleta e análise de dado para concessão de crédito que levavam em consideração o que entendiam ser “gestos afeminados” como um dos critérios de decisão (PASQUALE, 2015).<sup>9</sup> A opção de restringir o benefício de crédito a grupos de pessoas com esta característica era determinada pela própria instituição financeira. As elites controladoras das instituições financeiras, antes mesmo de contratar o responsável por desenvolver o algoritmo, já determinam limitações a grupos específicos de forma intencional, movido por preconceitos, preferências discriminatórias amplamente difundidas na sociedade. Grupos já marginalizados, por sua orientação sexual, ou identificação de gênero, são discriminados por parâmetros voluntariamente fornecidos aos algoritmos.<sup>10</sup>

A discriminação pode ser produzida, também, através de uma reprodução involuntária de valores. Na categorização de Friedman e Nissenbaum (2016, p. 333-4), vieses pré-existentes poderiam ainda ser fruto de um movimento inconsciente do desenvolvedor: neste caso, não é perquirido o objetivo de promover resultados discriminatórios. A inserção das preferências pessoais seria consequência de institucionalização de valores, ou sua ampla dispersão na cultura da qual o desenvolvedor faz parte.

O resultado de um experimento realizado por Joel Cooper e Charles Huff, já em 1987, nos fornece um retrato dessa forma de discriminação, para além de evidenciar a que essa diferenciação é desimportante, apenas para os fins do objetivo proposto no presente trabalho. Na hipótese, ao selecionar 43 educadores<sup>11</sup> para desenvolver um software que ensinasse às crianças o uso adequado de vírgulas, os autores constataram que, quando era pressuposto que os usuários do programa seriam meninos, os sistemas eram mais atrativos do que aqueles desenvolvidos para meninas (HUFF, COOPER, 1987).

Os programadores haviam sido separados em três grupos distintos, nos quais os educadores deveriam desenvolver softwares: (i) exclusivamente para

9 “*From Credit History to Score: The Original Black Box. Credit Bureaus pioneered black box techniques, making critical judgments about people, but hiding their methods of data collection and analysis. In the 1960s, innuendo percolated into reports filed by untrained investigators. They included attributes like messiness, poorly kept yards and “effeminate gestures”*”(PASQUALE, 2015, p. 22)

10 É necessário considerar que algoritmos são instruções/receitas necessárias para alcançar uma resposta, não necessariamente de forma automatizada.

11 Foram selecionados profissionais com uma média de 2,2 linguagens de programação cada, e uma média de 15,7 anos de experiência em educação.

o uso de meninos; (ii) exclusivamente para meninas e (iii) para meninos e meninas. A hipótese dos autores de que estereótipos de gênero eram levados em consideração na hora do desenvolvimento foi confirmada, e eles puderam aferir que os desenvolvedores presumiam que meninos teriam maior pretensão a gostar de jogos (que foram, no caso, os softwares posteriormente classificados como mais atrativos para crianças). Os autores notaram ainda que, no caso dos programas idealizados para meninas e meninos, o funcionamento do sistema era mais similar àqueles desenvolvidos para meninos, que eram, essencialmente, jogos. Ou seja, pressupunha-se que a maior parte de usuários de computadores seriam meninos.

Em um só experimento, foi possível extrair dois diferentes casos em que vieses pré-existent, pautados em preconceitos de gênero arraigados na sociedade,<sup>12</sup> foram introduzidos em programas, afastando meninas do uso do software, já que aqueles desenvolvidos para elas não era tão estimulante quanto aqueles desenvolvidos para os usuários masculinos. E, apesar do viés não ter sido inserido conscientemente, com o desejo de afastar de fato as meninas do aprendizado da vírgula, sua inserção foi realizada por meio de uma decisão ativa de programadores. Por isso, não se faz necessária, para o trabalho, a presente distinção, entre vieses pré-existent individuais ou sociais. Ambos são frutos de um descaso com a perpetuação de vieses e valores (seja intencional ou não) e, através de atitudes ativas do programador, promovem os mesmos resultados discriminatórios.

### **1.1.2. Vieses técnicos**

Vieses técnicos, por sua vez, não encontram suas origens em escolhas (conscientes ou não) humanas, mas sim em **limitações técnicas variadas**. Alguns exemplos de vieses técnicos são oferecidos por Friedman e Nissenbaum (1996, p. 335-6), como falhas no desenvolvimento do programa, ou a falha em gerar números aleatórios, de modo que um grupo de números seja sempre favorecido, criando uma falsa sensação de aleatoriedade. Tamanho do dispositivo, limitações próprias de hardwares, também são outros exemplos de limitações técnicas próprias da máquina (computador).

No entanto, para o presente trabalho, a hipótese mais relevante trazida por Friedman e Nissenbaum diz respeito à dificuldade (ou, em alguns casos, até mesmo impossibilidade) de quantificar informações qualitativas da vida huma-

---

12 Em uma pesquisa desenvolvida pela consultoria PwC, apenas 22% de estudantes conseguiram responder à pergunta um nome relevante de mulheres trabalhando com tecnologia, enquanto 66% conseguiram responder a um nome. Desses mesmos estudantes, quando perguntados sobre um modelo que os inspira profissionalmente, 83% das estudantes mulheres consideraram a pergunta impossível de ser respondida. (PWC UK, 2017, p. 22).

na. Trata-se da falha em “formalizar construções humanas” e na tentativa de torná-las legíveis por computadores, em “discretizar” o contínuo (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 334-5).

Vetores de palavras (*word-embeddings*), tecnologia utilizada para o processamento de linguagem natural,<sup>13</sup> abrem margem para uma presença expressiva de vieses técnicos dessa natureza. Para que a máquina saiba aprender a detectar qual palavra está sendo utilizada e em que contexto, aplicam-se métodos de aprendizado supervisionado e não supervisionado de máquinas para gerar representações de palavras como uma sequência de números, em que sequências próximas umas das outras revelam a proximidade do significado das palavras correspondentes. Essas sequências numéricas são organizadas em redes, nas quais a representação de cada palavra é expressa por um vetor ou partes de vetores. Para isso, o contexto da palavra também é levado em consideração no processamento de palavras. É uma espécie de dicionário (na linguagem de computação, chave-valor) de classificações para programas de computadores (BOLUKBASI, et al. 2016). Essa classificação, muitas vezes, é feita a partir até mesmo das proximidades geométricas entre palavras, considerando o emprego usual dela nos dados utilizados para ensinar à máquina como fazer a classificação das palavras. “Por exemplo, Inteligência Artificial tem a habilidade de objetivamente preencher a palavra ‘rainha’ na sentença ‘Homem está para rei, assim como mulher está para X’ (FEAST, 2019).<sup>14</sup>

Para viabilizar essa tecnologia, é necessária a realização de uma classificação prévia de dados não estruturados, normalmente, textos coletados na internet (WILKS, 2014, p. 214), para agrupar as informações pelo seu contexto semântico. Esse processo de classificação pode ser feito por programadores humanos, mas também pode ser realizado pela própria máquina, quando utiliza um vasto grupo de dados e instruções prévias do programador. No entanto, segundo o artigo “*4 ways to address gender bias in ai*”, publicado na Harvard Business Review, “a grande maioria de sistemas de inteligência artificial comerciais utilizam *machine learning* supervisionada” (FEAST, 2019),<sup>15</sup> ou seja, o programador classifica o contexto das informações previamente.

13 O processamento de linguagem natural (NLP, na sigla em inglês) é uma técnica de IA para a comunicação e linguagem, cuja principal aplicação volta-se para tradução de texto para fala, ou de fala para texto (“tradução de máquina”): “(...) while NLP is said to consist of applications, such as machine translation (MT), which was the original task of NLP and remains a principle one. There is now a wide range of other NLP tasks that researchers investigate and for which companies sell software solutions: question answering, information extraction, document summarization, and so on.” (WILKS, 2014, p. 213).

14 No original: *For example, AI has the ability to objectively fill in the word ‘queen’ in the sentence ‘Man is to king, as woman is to X’* (tradução da autora)

15 No original: *“The vast majority of commercial AI systems use supervised machine learning”* (tradução da autora)

E para quantificar o qualitativo, é preciso fazer escolhas e aproximações, sempre deixando algo de fora. Essas escolhas, normalmente, são feitas por homens,<sup>16</sup> que podem inserir, propositalmente ou não, vieses pré-existentes, pautados na divisão sexual do trabalho. No *Machine learning* supervisionado, os dados do grupo teste, que são usados para informar como a máquina deve se comportar, são rotulados para que sejam legíveis para o computador. Assim, pessoas dotadas de vieses introduzem (de forma consciente ou não) padrões discriminatórios em modelos de *machine learning* (FEAST, 2019). Ao quantificar (em sequência de números) palavras — essencialmente, informações qualitativas —, humanos imprimem vieses e fazem correlações até mesmo para relacionar o significado de palavras (e identificar o contexto em que são utilizadas).

### 1.1.3. Vieses decorrentes

Vieses decorrentes emergem por conta de alterações dos contextos **regionais/ sociais** em que o sistema é executado. Tal categoria de vieses tem estreita relação com o fato de que desenvolvedores possuem expectativas sobre os seus potenciais usuários. Esse tipo de viés é identificado somente após o início da operacionalização do algoritmo, ou do surgimento de novos conhecimentos que não sejam incorporados aos algoritmos posteriormente (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 336). Os resultados desinformados podem promover prejuízos a grupos em detrimento de outros, sem bases razoáveis, por desconsiderar parâmetros essenciais. É o caso de um software de automatização de decisões legais, que deixa de incorporar em suas instruções um novo enunciado jurídico, ou uma decisão *erga omnes* que deve passar a ser levada em consideração.

A diferença de expectativa de contextos pode se dar ainda em face do distanciamento entre a presunção dos programadores em relação aos valores e nível de conhecimento de seus potenciais usuários, e quais são os seus verdadeiros valores (FRIENDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 335). O mesmo experimento de Huff e Cooper pode ser utilizado também para exemplificar um processo desse gênero de incorporação de vieses. Em seu teste, os autores buscavam comprovar a tese de que “as expectativas que os desenvolvedores possuem em relação aos usuários do software, o qual eles estão desenvolvendo, são centrais para determinar a forma pela qual o software irá interagir com o usuário” (HUFF, COOPER, 1987).<sup>17</sup> E, ao analisar os padrões discriminatórios identificados, revelaram que suas origens decorrem de expectativas dos pro-

16 Veremos mais adiante as diferenças de distribuição de força de trabalho entre mulheres e homens na área de IA.

17 Do original: “The expectations software designers hold about the users of the software they design are central in determining the way the software they design interacts with the user.” (tradução da autora).



gramadores pautadas em estereótipos de gênero. Os valores que os designers pressupunham que meninas possuíam era, em realidade, distinto das reais preferências das alunas.<sup>18</sup>

O exemplo nos mune com uma forte demonstração de que um mesmo sistema pode ter vieses de diversas categorias. Essa informação é de extrema relevância para evidenciar como diferentes etapas do desenvolvimento — e da implementação — de um algoritmo podem dar margem para inserção de padrões discriminatórios, que fazem com que sejam negados resultados positivos a determinados grupos. Assim, a atenção para identificar possíveis vieses deve estar presente a todo momento, inclusive no processo de seleção de dados.

#### 1.1.4. Vieses de dados

Como mencionado anteriormente, mesmo quando há a pretensão de neutralizar enviesamentos, ao programar sistemas com o objetivo de tornar processos de decisão mais céleres, desenvolvedores alimentam modelos informatizados com dados produzidos pela própria sociedade.<sup>19</sup> “*Ai-enabled machines are only as smart as the knowledge they have been fed*” (ANGWIN, et. al 2019). No lugar da neutralidade, dá-se espaço para o reforço de preconceitos imbricados nas informações que produzimos e, conseqüentemente, para a reprodução, em escala, de desigualdades. Essa é a principal origem de *vieses de dados*.

Assim como os vieses pré-existent, vieses de dados podem ser inseridos em um algoritmo por conta da **seleção de dados que refletem discriminações históricas**, práticas culturais institucionalizadas (SOSNICK, 2017). Ora, alimentar um algoritmo com dados produzidos ao longo de um período histórico em processos de tomadas de decisões por humanos nada mais é do que ensinar à máquina os valores, instituições e vieses que orientaram tais decisões.

O caso do algoritmo de seleção automatizada de currículos, desenvolvida pela Amazon, é um grande exemplo dessa categoria de viés. A grande companhia de e-commerce desenvolveu um software próprio para ranquear os currículos enviados como requisito para as vagas de trabalho na companhia, com o intuito de automatizar as tomadas de decisão para contratação. Para alimentar os algoritmos responsáveis por fazer essa seleção, foram utilizados dados coletados ao longo de 10 anos anteriores, a fim de que o programa pudesse reconhecer os padrões que determinavam a exclusão de certos candidatos em processos seletivos anteriores, realizados por intermédio de seres humanos.

18 “Differences in programs occurs as function of the designer’s expectations of the characteristics of potential users of the software and result in sex stereotyped software.” (HUFF, COOPER, 1987).

19 “É que a criação dos modelos se dá com base nos dados disponibilizados em etapas anteriores ao momento da tomada de decisão. Se os dados utilizados -para o treinamento forem dotados de vieses, a máquina aprenderá e replicará.”. (MATOS, 2019, p. 569)

Em 2015, após realização de diligência prévia, a companhia optou por não utilizar o algoritmo: não obstante os esforços para neutralizar as decisões realizadas pelo programa, o algoritmo reproduzia vieses de gênero, preterindo candidatas mulheres, e favorecendo homens.<sup>20</sup> Isso acontecia pois, com base nos dados fornecidos como parâmetro para o alcance um resultado ótimo de contratação (i.e., selecionar candidatos que se assemelham aos profissionais que se destacam na companhia), aprendidos pelo algoritmo por meio da aplicação do método de *machine learning*, a exclusão de candidatos era feita reproduzindo os mesmos vieses percebidos em decisões de contratação realizada por humanos nos anos anteriores.

Ou seja, o algoritmo desenvolvido pela companhia não estava alcançando os seus objetivos precípuos, por conta do treinamento que recebeu para seu funcionamento, o qual foi feito com base em dados classificados por humanos, em um momento anterior. Trata-se da reprodução da discriminação de gênero de forma automatizada no ambiente de trabalho.

São diversas as formas pelas quais vieses podem ser impressos em dados organizados em grandes bancos, inclusive através da própria limpeza de tais dados e da manipulação dos mesmos para que sejam ordenados. É possível, até mesmo, que vieses de dados se originem diante da união de diferentes fontes de dados sobre grupos diversos que se inserem em contextos sociais, políticos e econômicos distintos, os quais, conseqüentemente, levam a condições de sucesso (com bens ou resultados positivos) diferenciados (SOSNICK, 2017), como seria o caso de um algoritmo elaborado para gerar a nota do Exame Nacional do Ensino Médio, que não considera condições socioeconômicas (e até mesmo geográficas) de cada estudante.

Dada a amplitude de espectros da vida que passam a ser determinados por algoritmos de IA, desde a empregabilidade, permeando até mesmo a liberdade de uma pessoa — a exemplo do COMPAS —, a identificação da origem de vieses que corrompem decisões é essencial para que se possa combater (ou minimizar ao máximo) a disseminação de padrões discriminatórios.

## 1.2 O perigo da discriminação automatizada

Para atingir os objetivos almejados (sejam eles identificar o caráter do consumidor, para, então, propor um anúncio em detrimento de outro; ou ranquear/classificar resultados em plataformas de pesquisa), algoritmos fazem uso de modelos matemáticos que, por meio de uma representação abstrata de pro-

---

20 Reuters. *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCNIMK08G>. Acesso em: 03 jun. 2019.

cessos sociais, simplificam a realidade para prever resultados em determinados contextos, pressupondo ações e fatos que poderão ser originados a partir de certos padrões de comportamento. Devido a ser, por definição, uma simplificação matemática da vida, escolhas precisam ser feitas acerca do que deve ou não ser incluído nos modelos: “*Nenhum modelo pode incluir toda a complexidade do mundo real ou as nuances da comunicação humana*”<sup>21</sup> (O’NEIL, 2016).

Tais escolhas, conforme apresentado repetidamente, irão refletir valores e ideias dos indivíduos que estão desenvolvendo modelos.<sup>22</sup> É claro que a coleta de dados (que deve almejar ser mais ampla o possível) é uma tarefa árdua — a qual depende da acessibilidade deles — e, na tentativa de automatizar decisões por meio de algoritmos, alguns grupos de dados sempre serão desconsiderados. No entanto, essa ausência de determinadas informações, pode levar a correlações discriminatórias, uma vez que dados essenciais são substituídos por outros, e aproximações genéricas (e irreais) são feitas com base em construções sociais preconceituosas amplamente difundidas. Assim, dados que sejam falsos, incompletos ou generalizados tendem a elevar as chances de que os algoritmos reproduzam tais representações, as quais buscam seus fundamentos em estereótipos socialmente consolidados. Mas o que torna essa discriminação automatizada não pior, mas tão ruim quanto a discriminação realizada por humanos?

### 1.2.1. Feedback Loop Pernicioso

Quando não são testados constantemente (por meio de protótipos, grupos de testes, ou outros meios), as premissas/suposições perversas presentes nos sistemas simplificados passam a ser utilizadas como a própria justificativa dos resultados — discriminatórios — da aplicação dos algoritmos. Sem revisões que reparem eventuais resultados discriminatórios não previstos após uma primeira operação do modelo, as projeções realizadas por ele continuarão sendo falsas, genéricas, inconsistentes, tal qual os dados selecionados para informá-los, já que os próprios resultados discriminatórios servirão como informação para as próximas vezes em que o algoritmo for utilizado para o mesmo fim. Tal fenômeno é o que a autora Cathy O’Neil descreve como “*pernicious feedback loop*” (O’NEIL, 2018).

O feedback loop, por meio de operações em laços, por exemplo, é uma característica inata de ciências da computação. No entanto, ao tratar de algoritmos discriminatórios, o feedback loop torna-se, como pontua a autora, pernicioso: os algoritmos se alimentam de uma autovalidação da discriminação promovida por eles próprios. Conforme esclarece Sosnick, “algoritmos podem

21 Do original: “*No model can include all of the real world’s complexity or the nuance of human communication*” (tradução da autora)

22 “*Models are opinions embedded in mathematics*”: (O’NEIL, 2016, p.21)

tomar decisões para um grupo de pessoas que aumentem (ou diminuam) as chances do mesmo grupo de receber resultados negativos (ou positivos) no próximo ciclo” (SOSNICK, 2017).<sup>23</sup> Esse caráter ainda aumenta no caso do compartilhamento de dados em cascata (PASQUALE, 2015, p. 26), casos em que o resultado de um algoritmo já enviesado seja usado como parâmetro para treinar decisões de um outro algoritmo. Uma discriminação pretérita serve como justificativa para uma restrição de resultados positivos em outras esferas.

### 1.2.2. Escala

As reproduções de padrões discriminatórios promovidas por algoritmos, que limitam resultados positivos a determinados grupos da sociedade, são feitas ainda em **escala**. Dado o baixo custo de disseminação dos sistemas informatizados (quando comparados a sistemas manuais), basta que o algoritmo seja desenvolvido para que seus impactos sejam amplamente propagados (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 331). Nesse caso, por exemplo, um mesmo sistema de tomada de decisão é facilmente replicado por diferentes companhias em diversos lugares do mundo. Se antes decisões eram pautadas em impressões que poderiam ao menos variar de avaliador para avaliador, a aplicação em escala homogeneiza os valores que limitam resultados positivos a alguns grupos (O’NEIL, 2018). A restrição da pluralidade de valores e de grupos que são contemplados com resultados ótimos é consequência lógica do fenômeno. E um grupo cada vez mais seleto delimita quais os valores devem prosperar e quem irá ou não se beneficiar deles.

Outra dimensão de escala se refere aos dados. Não só a tecnologia é aplicada em escala, mas os mesmos dados idênticos são utilizados para informar decisões de algoritmos desenvolvidos por companhias de diferentes áreas. A transferência de dados ocorre em cascata entre companhias de forma tão rápida (PASQUALE, 2015, p. 25), quanto a própria coleta de dados novos (por meio de raspagem de dados online). E todos esses dados são combinados de formas distintas para fazer correlações sobre indivíduos que podem melhorar ou piorar suas chances de obter resultados positivos. Da mesma forma, as correlações são feitas em cascata, já que as respostas anteriores são utilizadas por novas empresas para fazer novas correlações. E, enquanto a privacidade de seres humanos é contraída (pelo uso em cascata de correlações de dados), o sigilo das empresas aumenta (PASQUALE, 2015, p. 25-6).<sup>24</sup>

---

23 No original: “algorithms can make decisions for a group of people that increases (or decreases) their chances of receiving a negative (or positive) outcome in the next cycle” (tradução da autora)

24 “Corporate secrecy expands as the privacy of human beings contracts” (PASQUALE, 2015, p. 26).

### 1.2.3. Falta de transparência

A disseminação em escala de padrões de discriminação que reproduzem valores dominantes é também obscura, inteligível. A **falta de transparência** — chamada de “caixa preta” (PASQUALE, 2015) — dos modelos matemáticos dificulta a verificação dos dados utilizados para informar um algoritmo, das instruções fornecidas em escala, e até mesmo da amplitude do impacto discriminatório. Sem transparência, impossibilita-se até mesmo verificar se os objetivos declarados de algoritmos estão em concordância com o seu funcionamento, i.e., se o algoritmo, de fato, opera de forma neutra, e não possui *inputs* ou instruções que claramente levam a resultados discriminatórios.

A falta de transparência coloca o usuário em uma posição de elevada insegurança e hipossuficiência: o usuário do algoritmo não sabe nem mesmo as razões pelas quais lhes foram negados resultados positivos e, em uma instância institucional, como combater e a quem responsabilizar caso os resultados negativos sejam frutos de um processo discriminatório.<sup>25</sup> Isso ocorre em um cenário no qual o mesmo algoritmo de decisão é adotado em escala.

Vamos analisar o exemplo de um candidato que, participando de mais de um processo seletivo através da plataforma Vagas.com, é rejeitado para uma vaga de emprego ofertada por uma companhia Y. As companhias que realizam seus processos de contratação pelo Vagas.com contam com as tecnologias da plataforma para fases iniciais, como testes de personalidade ou lógica, e softwares de triagem e ordenação inteligente de currículos.<sup>26</sup> Os candidatos, por sua vez, podem utilizar o currículo elaborado dentro da própria plataforma para diversos processos.

Voltando à narrativa do indivíduo rejeitado, ao se candidatar para uma vaga da companhia Z, esse fracassa no processo realizado através da plataforma novamente. O currículo utilizado para avaliação de ambas as companhias foi o mesmo, gerado através do preenchimento de um formulário disponibilizado pela própria plataforma (utilizado para informar, por sua vez, o mesmo algoritmo de IA que determina quais parâmetros serão levados em consideração para ambas as empresas). Da mesma forma, o mesmo teste de personalidade ou lógica é aplicado pelas duas companhias, e as respostas de um mesmo candidato tendem a ser as mesmas. Imersos em uma situação de completa desinformação (um breu acerca dos parâmetros), os candidatos não sabem quais foram os padrões que os colocaram no lado de fora da peneira, e não poderão corrigi-los, perpetuando sua situação de marginalização de oportunidades.

25 “In WMD [weapons of math destruction], many poisonous assumptions are camouflaged by math and go largely untested and unquestioned” (O’ NEIL, 2016).

26 cf Plataforma da companhia para recrutadores: <https://forbusiness.vagas.com.br/plataforma-recrutamento-selecao/>. Acesso em: nov. 2019.

Além disso, quanto mais complexos forem os sistemas, mais ocultos serão seus vieses. Considerando, no caso de algoritmos utilizados em *machine learning*, que o treinamento, inerente ao funcionamento de tal modelo de IA, depende ainda da classificação prévia das informações contidas no conjunto de dados que será utilizado para alimentar os algoritmos, o desconhecimento dos critérios utilizados para tal também oculta eventuais vieses camuflados por algoritmos ditos neutros.

Por isso, faz-se essencial entender as dimensões da falta de transparência — que se relaciona com medidas adotadas por companhias ou por atores estatais para dificultar ou impedir a compreensão de seus algoritmos, e as diferentes concepções do conceito de transparência no âmbito de cada área de conhecimento — conceitos que devem ser complementares.

Frank Pasquale (2015), em sua obra *Black Box Society*, estabelece três estratégias utilizadas por companhias para manterem seus algoritmos obscuros: sigilo real, sigilo legal e a ofuscação. A verificação conjunta dos três leva à opacidade tecnológica (PASQUALE, 2015, p. 6-7). O sigilo real dispensa uma explicação mais aprofundada, já que nada mais é do que criar mecanismos que impeçam o acesso a determinado conteúdo, como a necessidade do uso de senha para acessar um e-mail. Da mesma forma o sigilo legal ocorre quando o conteúdo não pode ser revelado por determinações normativas, que podem ser estipuladas por lei, regulações de autoridades da administração pública direta ou indireta, mas também por meio de estatutos de empresas privadas (PASQUALE, 2015, p. 6).

A ofuscação é um mecanismo utilizado por companhias com o objetivo dificultar o acesso de suas informações por parte da sociedade, empregado quando o sigilo real ou legal é rompido por alguma razão. Foi o que ocorreu após a crise de *subprimes* de 2008, em razão da determinação legal de que os bancos norte-americanos deveriam divulgar, anualmente, seus históricos de créditos em uma plataforma oficial, como forma de minimizar as injustiças cometidas na avaliação para concessão de créditos nos EUA. Na ocasião, para ofuscar o site oficial, companhias começaram a criar sites próprios de divulgação de informações extraoficiais (PASQUALLE, 2015, p. 23). Jogando com as três estratégias — por vezes, o sigilo real ou legal, por outras, a ofuscação —, o setor privado consegue tornar seus algoritmos e instruções de tomada de decisão opacos e, independente do meio, conseguem se manter tão inteligíveis que indivíduos não sabem que ações e em que esferas podem ou não impactar decisões que moldarão nossas vidas.

Tal opacidade se justifica no setor privado porque as companhias alegam que seus algoritmos representam seu verdadeiro capital social: sistemas são mantidos em segredo já que o resultado ótimo deles dependerá das escolhas

realizadas por aquele programa específico. Assim, sistemas com a pretensão de neutralidade, que camuflam, porém, vieses e preconceitos sistêmicos, são dificilmente combatidos, já que os parâmetros utilizados para qualificar pessoas e preferências são desconhecidos. Não é possível questionar seus prováveis defeitos, repercutidos em grande escala pela sociedade. Por isso, autores empregam seus esforços para definir qual a transparência desejada. Divulgar integralmente o código, contrariando o desejo das companhias de mantê-los em segredo para que o valor da tecnologia continue (e não seja replicado por outras empresas que queiram oferecer o mesmo tipo de serviço) não é, necessariamente, uma forma de conferir maior integridade aos sistemas das companhias (DESAI; KROLL, 2017, p. 5). Afinal, as centenas linhas de código são inteligíveis para a maior parte da população e, mesmo que fossem compreensíveis (ou que venham a ser no futuro), os vieses se originam de outras fontes que não somente o desenvolvimento do código do modelo em si. Por isso, a busca pela transparência deve ir além da mera disponibilização do código por trás da IA.

Desai e Kroll, em *Algorithm and the Law*, buscam oferecer possíveis soluções regulatórias para mitigar os efeitos da opacidade e, para isso, traçam duas dimensões de transparência de acordo com a área do conhecimento que esteja lidando com o problema de algoritmos. Para o direito, a transparência se relaciona diretamente com a possibilidade de verificar o sistema e seu funcionamento, comportamento e resultado, de forma a permitir que o responsável por resultados que estejam em desacordo com a legalidade (ou com parâmetros estabelecidos como aceitáveis) seja responsabilizado no mundo político-legal. Segundo os autores Desai e Kroll (2017), há uma noção, no mundo jurídico, de que um jurista dotado de um mínimo conhecimento acerca do funcionamento de um sistema, se acompanhado por um *expert* em ciência da computação, terá plenas condições de fornecer as melhores respostas legais para mitigar processos discriminatórios automatizados.

Para a ciência da computação, na visão dos mesmos autores, a prestação de contas não envolve, necessariamente, a divulgação de todo o código: o importante é que o algoritmo funcione de acordo com as regras pré-acordadas. A transparência se relaciona, então, com o fornecimento de evidências consistentes que sejam suficientes para verificar o adequado funcionamento da tecnologia. O objetivo é esclarecer quais os comandos e os dados utilizados para informar as tomadas de decisões dos algoritmos, e os motivos pelos quais determinadas escolhas foram priorizadas em detrimento de outras por desenvolvedores e operadores de sistema. Dessa forma, os desenvolvedores podem ser responsabilizados por possíveis discriminações (DESAI, KROLL, 2017).

Hoje, não contamos com nenhum desses espectros de transparência, os quais poderiam ser aplicados de forma conjunta. Como mencionado ao longo

de diversos exemplos, mesmo quando o algoritmo é desenvolvido para promover justiça, ou então não tem a intenção de promover discriminação, é possível que resultados enviesados possam se originar. Por isso, um nível de transparência, que ao menos revele quais os dados oferecidos para a decisão e quais os resultados almejados, é necessário para que os indivíduos possam saber o que originou um resultado prejudicial e se esse resultado foi ou não justo, de acordo com os resultados almejados pelo sistema (e se esses objetivos são ou não igualmente justos).

## 2. Mulheres como alvo

Em *Algorithm of oppression*, Safiya Noble relata que, ao realizar uma busca no Google com os termos “mulheres negras”, os primeiros resultados eram, expressivamente, pornografia. A objetificação dos corpos negros femininos é ponto de partida para sua tese sobre o poder dos algoritmos em reforçar relações de opressão e modelos inatos de estereótipos racistas (NOBLE, 2018).

No último mês (novembro de 2019), uma matéria circulou nos grandes veículos de comunicação dando notoriedade a outro exemplo: o cartão Apple Card é objeto de uma investigação em curso nos EUA, por conta da reprodução de desigualdade entre homens e mulheres na concessão do limite de crédito, que é determinado pelo Goldman Sachs.<sup>27</sup>

Em matéria veiculada no portal Wired em 2017, Matt Reynolds,<sup>28</sup> editor de ciência, denunciou enviesamento até mesmo nas classificações de filmes do IMDB, plataforma na qual a avaliação dos filmes é feita com base na média da pontuação atribuída por seus usuários. A média é modulada para minimizar desproporções que poderiam influenciar a nota geral, e.g., pontuações atribuídas por novos usuários são desconsideradas para não criar notas desproporcionais. Notas atribuídas por usuários de uma mesma região também são relativizadas a fim de evitar que um grupo de uma mesma localidade influencie, desproporcionalmente a avaliação de um filme. No entanto, a grande maioria do usuários é homem e os filmes melhores *ranqueados*, à época, eram filmes que visavam o público masculino (por exemplo, que atendessem às expectativas sociais de papéis masculinos) ou com atores homens como protagonistas.<sup>29</sup>

27 GLOBO. Algoritmos reproduzem machismo e racismo por se basearem em práticas discriminatórias humanas. Novembro, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/algoritmos-reproduzem-machismo-racismo-por-se-basearem-em-praticas-discriminatorias-dos-humanos-24085081>> . Acesso em: 17 nov. 2019.

28 WIRED. *You should ignore film ratings on IMDb and Rotten Tomatoes*. Outubro, 2017. Disponível em <<https://www.wired.co.uk/article/which-film-ranking-site-should-i-trust-rotten-tomatoes-imdb-metacritic>> . Acesso em: 29 nov. 2019.

29 “Take IMDb’s top-ranked film for example — *The Shawshank Redemption*. Its score of 9.3 is based on the votes of around 1.86 million IMDb users. 1.2 million of those votes came from men. IMDb does tweak its rankings to lessen the influence of particular demographics, but



O mesmo acontece no Rotten Tomatoes, mas de uma outra forma. Nesta plataforma, somente críticos aprovados são levados em consideração, e quanto maior o número de avaliações positivas, melhor ranqueado é o filme (por exemplo, um filme com 75 avaliações com nota 100 é pior avaliado do que um filme com 111 avaliações com nota 99). No Rotten Tomatoes, a maioria dos críticos é homem — até 2016, segundo a matéria veiculada no Wired, apenas 27% dos críticos mais relevantes eram mulheres. A opinião masculina é, outra vez, priorizada em relação à feminina.

É possível desenvolver um trabalho inteiro apenas com exemplos de vieses de gênero em tecnologias de IA. Mulheres, assim como indivíduos que são parte de outros grupos marginalizados socialmente, são um dos principais alvos da discriminação algorítmica, uma vez que nossa sociedade é repleta de valores construídos e transmitidos sob a ótica da hegemonia masculina. Esses valores, que fundamentam as desigualdades de gênero que se manifestam em todas as esferas da vida, são replicados em algoritmos. Em vez de abrandar, a IA perpetua resultados negativos para mulheres em diversos processos de tomada de decisão. Inclusive (e sobretudo) no mercado de trabalho: empregos são definidos de acordo com o sexo (MACKINNON, 1979).

A dificuldade de ingresso no mercado de trabalho e a divisão do trabalho por gênero têm suas raízes profundas, e consequências estruturais para a sociedade e para mulheres. Essa situação de desigualdade acaba por impactar “as possibilidades de auto definição e as oportunidades disponíveis para as pessoas” (BIROLI, MIGUEL, 2014). Ignorar essas diferenças — ou replicá-las em sistemas automatizados — faz com que seja ainda mais difícil para mulheres superar as barreiras à entrada no mercado de trabalho. Sem emprego, não há dinheiro, e a autonomia financeira de mulheres é um pilar essencial para que a sociedade dê um passo em direção à redução de discriminação de gênero.

Para entender as novas formas de discriminação de gênero automatizada no ambiente de trabalho, é preciso compreender primeiro os contornos sociais que limitam a vida de uma mulher, em um mundo marcado pela divisão sexual do trabalho. Alinhada com suas ideias acerca da expressão da opressão sofrida por mulheres e da consolidação do machismo nas estruturas e instituições sociais, irei me apoiar, principalmente, nas ideias levantadas por Catharine

---

men often make up over 70 per cent of the voters for any film. And it turns out that men tend to look much more favourably on films with more masculine themes, or male leading actors. A look at the ratings for *Sex and the City* demonstrates how divided the voting audience on IMDb is. Over 29,000 men gave the film an average rating of 5.8, while 43,000 women came up with a score of 8.1. A straight-up averaging of the scores gives it a ranking of 7.4, but IMDb's maths leaves it with a final score of 7." WIRED. *You should ignore film ratings on IMDb and Rotten Tomatoes*. Outubro, 2017. Disponível em <<https://www.wired.co.uk/article/which-film-ranking-site-should-i-trust-rotten-tomatoes-imdb-metacritic>> Acesso em: 29 nov. 2019.

MacKinnon (1979) sobre a relevância do atributo gênero, no que diz respeito às condições de trabalho. O cenário de discriminação que será apresentado a seguir é refletido e reforçado pelas novas formas de tomadas de decisões por IA.

## 2.1 Mulheres no trabalho (de mulheres)

As origens dos entraves que mulheres encontram para conseguir um emprego remontam à consolidação do liberalismo e à distinção entre o espaço público — visto como a esfera racional, protagonizada por homens — e o espaço privado — esfera emocional, na qual mulheres cumpriam sua função social. A imagem e papel social da mulher foi, durante muito tempo, construída em torno das necessidades masculinas. Autores liberais clássicos dedicaram parte de sua obra para justificar e “fundamentar” a restrição de mulheres ao espaço privado. Rousseau, por exemplo, atribui importância política ao papel da mulher na educação de homens, função precípua de mulheres: o cuidado materno era visto pelo autor como essencial para consolidação de um Estado em que os cidadãos (homens) deliberassem em busca do bem comum (LANGE, et. al, 2002).

Mesmo após a barreira inicial ser rompida e a força de trabalho feminina (majoritariamente branca e de classe média) passar a ser utilizada também no espaço público, estereótipos de gênero se mantiveram: a presença mais expressiva de mulheres continua sendo verificada em cargos associados ao papel social atribuído a elas<sup>30</sup>. As mulheres negras e pobres já representavam parte da mão de obra marginalizada e, da mesma forma, passam a desempenhar funções associadas ao seu papel social (cuidados domésticos para outras famílias — normalmente brancas —, por exemplo). Diferente do que ocorre com a maior parte dos homens (em geral, brancos), o mercado de trabalho para mulheres é um ambiente hostil, marcado por segregação horizontal, estratificação vertical e a desigualdade salarial (MACKINNON, 1979), aspectos que serão detalhados a seguir.

Antes, no entanto, é importante pontuar uma limitação do presente trabalho, a fim de não incorrer na falha de pretensão de universalização de experiências de discriminações que sejam comuns apenas às mulheres brancas de classe média/classe alta (DORLIN, 2016, p. 258-259)<sup>31</sup> — negligenciando experiência de mulheres pretas, mulheres do campo, mulheres trans. Para sua elaboração,

---

30 “Women tend to be employed in occupations that are considered “for women”, to be men's subordinates on the job, and to be paid less than men both on the average and for the same job”. (MACKINNON, 1979, p. 9)

31 “(...) o feminismo *mainstream* não se dá conta de que o que ele toma por universal é em realidade a situação particular das poucas mulheres brancas de classe média. O feminismo encarna dessa forma um sujeito certamente em luta, mas ao mesmo tempo um sujeito autocentrado em torno de sua condição particular que ele tende a universalizar: nesse caso, a das mulheres brancas” (DORLIN, 2016, p. 258-9).

não verifiquei qual o contexto específico das mulheres que são afetadas de forma mais intensa por esse instrumento de opressão. Não foram coletados dados para verificar se, por exemplo, no Brasil, assim como aponta a autora Cathy O'Neil (2016), a seleção automatizada de fato “punir”<sup>32</sup> mais gravemente as mulheres pobres e pretas. Por isso, seu alcance, na verdade, limita-se à verificação dos potenciais mecanismos de reforço da divisão sexual do trabalho, conforme proposta por Catherine MacKinnon (1979). Além disso, o trabalho pode servir como ponto de partida para instigar a verificação de impactos futuros, quando a seleção automatizada já estiver sendo empregada em larga escala no Brasil. No entanto, as reflexões expressas a seguir jamais poderiam ter a pretensão de representar um retrato da realidade de opressão sofrida pela totalidade de mulheres em suas mais plurais manifestações de existência.

### **2.1.1. Segregação horizontal**

A situação de desvantagem de mulheres no trabalho começa na associação entre áreas de trabalho e gênero. As expectativas sociais de que a mulher deve cumprir um papel determinado pela cultura predominantemente masculina faz com que ocorra uma segregação horizontal, que estabelece a diferenciação entre *profissão de mulher* vs. *profissão*. A ocupação profissional varia de acordo com o critério de gênero. Mulheres que conseguem ingressar em ramos profissionais que desafiem os padrões sociais impostos a elas — trabalhos de “homem” — passam a ser vistas como exceções, símbolos femininos, demonstrando o peso negativo que o gênero feminino exerce no processo de conseguir empregos (MACKINNON, 1979).

A área de tecnologia da informação — e, sobretudo, IA, principal foco deste trabalho — expressa bem a segregação horizontal. Em um futuro próximo, as perspectivas que esse quadro se altere ainda são desanimadoras (WORLD ECONOMIC FORUM, 2018). Segundo os dados do Relatório Global de Diferença de Gênero de 2018 do Fórum Econômico Mundial (WEF, na sigla em inglês), 78% dos profissionais de IA são homens. No Brasil, mulheres representam, nas áreas de Dados e IA, engenharia e computação em nuvem, respectivamente, 27%, 15% e 12% (WEF, 2020, p. 40), e o percentual de pessoas negras, em muitos casos, não chega a 10% das equipes de tecnologia (PRETALAB, 2017, p. 27).

A associação entre racionalidade — homem — tecnologia faz com que tecnologias de IA sejam desenvolvidas praticamente sem diversidade de gênero.

---

32 Segundo a autora, uma característica dos modelos automatizados é que eles tendem a “punir os pobres” (“They [weapons of math destruction] tend to punish the poor”, nas palavras da autora), já que são desenvolvidos para ser aplicado de forma barata e para um grande número de pessoas, de forma que os mais riscos continuem se apoiando em recomendações e entrevistas “cara-a-cara” (“face-to-face interviews”, no original). (O'NEIL, 2016)

A falta de mulheres propicia a introdução de vieses pré-existentes no momento do desenvolvimento da tecnologia, já que homens brancos, muitas vezes, não irão prever os possíveis resultados negativos e discriminatórios de uma tecnologia (e também por serem os principais atores de promoção de preconceitos contra mulheres).

A divisão sexual do trabalho faz com que os empregos mal pagos e com menor status sejam reservados às mulheres. O restante fica para os homens: “*Women’s work is defined as inferior work, and inferior work tends to be defined as work for women*” (MACKINNON, 1979). Assim, criou-se um imaginário no qual “profissões de mulher” tendem a ser marcadas por trabalhos não tão interessantes, complexos, já que as mulheres seriam parte do espaço privado, marcado pelo emocional (em detrimento do racional), predominantemente orientado pelo serviço, envolvimento com criança, e tarefas que homens não estão dispostos a realizar.

Uma pesquisa, que tinha por objetivo verificar a reprodução (e ampliação) de estereótipos de gênero em processamento de linguagem por meio de *word-embedding*, encontrou resultados que indicam que a tecnologia reflete a presença de segregação horizontal nos dias de hoje. A pesquisa utilizou os modelos públicos do *word2vec* para reconstruir, a partir de associações aritméticas, o contexto de palavras em vetores.<sup>33</sup> Os modelos foram treinados com matérias do Google News, que reuniam 3 milhões de palavras em inglês distintas (BOLUKBASI, et al, 2016, p.2). Uma das dimensões verificadas foi a divisão de ocupações por gênero.<sup>34</sup> Para isso, palavras em que o gênero é sugerido (*businesswoman*, *sister*) foram utilizadas somente como forma de entender os subespaços de gênero na rede de vetores de palavras (e quais palavras, sobretudo aquelas que possuem gênero neutro, se encontram subespaços de cada gênero). Diferente do exemplo utilizado para verificar as possíveis formas de vieses. A partir das matérias, o algoritmo fez correlações extremas entre ocupações e gênero, a fim de verificar quais palavras são mais próximas do termo “ela” (*she*) do que do termo “ele” (*he*): para mulheres (termo “ela”), as ocupações encontradas nas direções dos vetores que se correlacionam com *she* são recepcionista, dona-de-casa, *socialite*, cabeleireira, estilista, enfermeira, babá; enquanto as ocupações relacionadas à direção do vetor “homem” eram maestro, capitão, arquiteto, guerreiro, filósofo, financistas, programador: *word-embedding contains biases in their geometry that reflect gender stereotypes present in broader society* (BOLUKBASI, et al, 2016, p. 2). Nesse caso, diferente

33 Conferir tópico 1.1.2, para fins de melhor compreensão acerca do processo de *word-embedding*, apresentado na exemplificação de vieses técnicos (páginas 9-10).

34 A pesquisa foi realizada utilizando matérias em inglês para o processamento de vetores. A língua inglesa é marcada por maior neutralidade de gênero do que o português.

do exemplo utilizado na explicação de vieses técnicos, o viés não foi introduzido a partir da rotulação do significado de palavras próprias (*machine learning* supervisionado), mas se originou da derivação dos dados, agrupados por variáveis que eram semelhantes nas palavras: os efeitos não eram esperados por programadores. Não foi previamente identificado um resultado ótimo, i.e., a correlação entre as palavras *he* e *she* com profissões que refletem os estereótipos de gênero da divisão sexual do trabalho não eram desejados pelos programadores.

A partir dessas correlações, o sistema desenvolveu outras automaticamente, que representam analogias por binômios, em que a primeira palavra é associada ao vetor “mulheres”, e a segunda, ao vetor “homens” (direções *she-he*, na pesquisa). “Analogias são uma forma útil de avaliar tanto a qualidade de uma palavra vetorizada, como verificar os estereótipos dessa qualificação” (BOLUKBASI, et al, 2016).<sup>35</sup> Os pesquisadores categorizaram as analogias como apropriadas ou estereotipadas, de acordo vieses encontrados na fala de diversos trabalhos que responderam a questionários (*crowdsourcing experiment*). As impressões da qualidade dos vetores estereotipados reforçam as diferenças nos papéis sociais atribuídos a mulheres e homens, verificadas nos vetores de palavras (i.e., representação de palavras em sequências numéricas): dona-de-casa-comerciante, atrevida-esperto, amável-brilhante, costura-carpintaria, feminismo-conservadorismo, cosméticas-farmacêuticos. Algumas analogias são mais sutis que essas, mas revelam como vieses na fala podem ser facilmente despercebidos: vôlei-futebol, *cupcake-pizza*, vocalista-guitarrista (BOLUKBASI, et al, 2016). A dupla função desse exemplo é justamente mostrar como os vieses que se originam a partir de *machine learning* são um reflexo de percepções sociais estereotipadas e quais são os atributos de gênero gerados a partir dessas impressões.

Não obstante ser possível perceber alguma alteração dessa percepção, na prática ainda há forte relação entre gênero e divisão do trabalho.<sup>36</sup> Pode ser que, na sociedade, a ideia de que mulheres devem desempenhar somente o papel historicamente atribuído a elas — de cuidados domésticos — não permeie como antes.<sup>37</sup> Mas poucos homens estão dispostos a abrir mão de seus privi-

35 No original: “Analogies are a useful way to both evaluate the quality of a word embedding and also its stereotypes” (BOLUKBASI, et al, 2016, p. 3)

36 Segundo Pesquisa realizada pela Oxfam Brasil, em parceria com o Instituto DataFolha, “64% concordam que o fato de ser mulher impacta a renda”. A pesquisa levou em consideração uma amostra de 2.086 pessoas em nível nacional, por meio de entrevistas realizadas em pontos de fluxo populacional em 130 municípios distintos. (OXFAM BRASIL e DATAFOLHA, 2019)

37 Segundo a mesma pesquisa, 86% das pessoas “discordam que mulheres deveriam se dedicar somente a cuidar de casa e dos filhos, e não trabalhar fora”. (OXFAM BRASIL e DATAFOLHA, 2019).

légios para, efetivamente, começar a desempenhar essas funções, ou ceder espaço para força feminina em campos ocupados, tradicionalmente, por eles.<sup>38</sup>

### **2.1.2. Estratificação vertical**

Outra dimensão da divisão sexual do trabalho é a estratificação vertical. Mesmo quando passamos a avaliar homens e mulheres trabalhando na mesma área/atuando na mesma profissão, mulheres ocupam cargos subordinados aos homens. Aqui, a desigualdade de gênero ocorre de forma vertical, já que mulheres ocupam posições que dependem de homens para contratação, retenção e promoção (MACKINNON, 1979).

Conforme se extrai de matéria veiculada pela Gênero e Número, em 2017, é possível afirmar que os padrões observados por MacKinnon nos Estados Unidos em 1979 são observados no Brasil de hoje:

Segundo levantamento realizado pela agência Volt Data Lab entre abril e maio de 2017, em mais de 400 empresas listadas na Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), apenas 215 cargos de alta gerência executiva (diretoria ou vice-presidência), dentre 2.043 verificados, são preenchidos por mulheres — meros 10,5%. Somente em 17 das empresas (4,4%) há mulheres como chefes-executivas (CEOs, na sigla em inglês). Dessas, algumas ocupam a presidência em mais de uma empresa do mesmo grupo, e o número total de mulheres CEOs cai para 12. A situação nos Conselhos de Administração não é melhor: dos 2.647 assentos efetivos verificados, apenas 203 eram ocupados por mulheres (7,7%). (FROEHNER e SPAGNUOLO, 2017).

Mulheres dependem de homens para contratação, supervisão e demissão. A vulnerabilidade feminina é mantida (e às vezes reforçada) mesmo quando, de forma excepcional, mulheres quebram as barreiras horizontais da divisão do trabalho. Segundo os dados apresentados pelo relatório da McKinsey, apenas 21% dos cargos de maior nível hierárquico (executivos sênior, *C-level* ou *C-suite*) de empresas são ocupados por mulheres — e apenas cerca de 4% são mulheres negras (MCKINSEY, LEAN IN, 2019).<sup>39</sup> No entanto, os resultados da pes-

38 Segundo dados do IBGE, enquanto homens dedicam apenas 10,5 de horas semanais a cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos — 10,4 entre brancos, e 10,6 entre negros —, mulheres dedicam 18,1 horas semanais — 17,7 entre mulheres brancas, e 18,6 entre mulheres negras. (IBGE, 2019).

39 O estudo promovido pelas companhias McKinsey and LeanIn foi realizado com o fornecimento de dados ou resposta a pesquisas de Recursos humanos, que contou com a participação de 329 companhias, que empregam mais de 13 milhões de pessoas, e também a par-

quisa apontam que o principal obstáculo encontrado por mulheres no alcance de posições de liderança é a dificuldade de promoção para o nível de gestor (o segundo nível hierárquico nos dados da pesquisa): a cada 100 homens contratados e promovidos, no primeiro passo, apenas 72 mulheres conseguem alcançar os mesmos resultados; o que faz com que, em dados globais, apenas 38% dos cargos em nível de gestão sejam ocupados por mulheres.

Mulheres seguem negociando salários e promoções em níveis iguais aos homens desde 2015, e não desistem dos seus empregos (nem mesmo para focar em família, já que menos de 2% dos empregados consideram deixar o emprego para tal fim).<sup>40</sup> Mulheres estão adotando comportamentos que favorecem as chances de promoção. Mas ainda assim, a realidade denunciada por MacKinnon em 1979 segue nos dias de hoje e *“quanto maior o status do trabalho, maior a probabilidade de uma mulher ser paga marginalmente mais próximo ao rendimento do homem, e menor a probabilidade de mulheres ocuparem tais cargos, independentemente da preparação educacional”* (MACKINON, 1979, p.13-14).<sup>41</sup>

### 2.1.3. Desigualdade salarial

A consequência direta da segregação horizontal e da estratificação vertical é a desigualdade salarial, que faz com que práticas nocivas no ambiente de trabalho sejam mais facilmente aceitas, ao fundamentar a subordinação material. Quando não é justificada pela subordinação hierárquica no trabalho (reflexo da estratificação vertical), a divisão sexual do trabalho desvaloriza as profissões consideradas femininas pela segregação horizontal. Segundo matéria publicada pela Gênero e Número,<sup>42</sup> em 82% das carreiras, homens ganham mais do que mulheres em 2016 — *“a visualização foi gerada a partir dos dados estatísticos do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados — CAGED, relativos a todos os meses de 2016”* (GÊNERO E NÚMERO, 2017).

O que causa estranhamento é verificar que companhias preferem contratar homens mesmo quando podem contratar mulheres mais qualificadas, e por

---

tir de pesquisa sobre experiência no trabalho de mais de 68.500 funcionários. (LEANIN, MCKINSEY AND COMPANY, 2019)

40 “Women are staying in the workforce and doing their part. Again this year, women are not leaving their companies at higher rates than men. Moreover, the vast majority of women and men who plan to leave their company intend to stay in the workforce—and less than 2 percent of employees are planning to leave to focus on family. Women are also asking for promotions and negotiating salaries at the same rates as men, and this has been true since 2015.” (LEANIN, MCKINSEY AND COMPANY, 2019)

41 No original: The higher is the job status, the more likely a woman is to be paid marginally closer to man’s wage rate, and the less likely women are to occupy these positions at all, regardless of educational preparation (tradução da autora). (MACKINNON, 1979, p. 14)

42 GÊNERO E NÚMERO. Qual a diferença salarial?. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/interativos/salario-genero/index.html>> . Acesso em: 25 nov. 2019.

um salário menor<sup>43</sup> — já que, apesar de claramente discriminatório, tal prática é institucionalizada a fim de manter a subordinação material feminina (MACKINNON, 1979). Ou ainda, observar que, mesmo em áreas na qual há escassez de mão de obra qualificada, como a IA, a baixa presença de mulheres é verificada, independente da eventual alta disponibilidade de força de trabalho feminina capacitada (WEF, 2018).

Em ambos os cenários, a justificativa meramente econômica (ou de eficiência) para a contratação majoritária de homens perde força, enquanto a relevância do fator “gênero” ganha contornos mais claros. Quais as circunstâncias e motivações que justificam a perpetuação da definição do trabalho pelo gênero?

Catharine Mackinnon elenca algumas possibilidades: A estrutura monopolista do capitalismo, por exemplo, faz com que seja possível que empresas não afetadas pela competição possam “gastar mais” por menos. As empresas que enfrentam maior concorrência, por outro lado, tendem a ter mais mulheres (MACKINNON, 1979, p. 16).

Os próprios incentivos de homens e mulheres ajudam a explicar a relevância do fator gênero (MACKINNON, 1979, p. 16). Homens brancos já ocupam as posições de poder nas empresas — resquício histórico, inclusive, da ausência de mulheres no mercado formal de trabalho —, fazendo com que tenham alternativas aos trabalhos mal pagos e com menos status (que poderão afetar sua masculinidade, já que questionam seu poder). Por outro lado, mulheres não se consideram aptas a ocupar determinados cargos, uma vez que a marginalização social afeta a autoestima feminina, levando-as a crer que não obterão sucesso em processos seletivos.

No entanto, o elemento central, na concepção de MacKinnon, para a perpetuação da desigualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho é a sexualidade (MACKINNON, 1979, p.16-23). Para homens, é desejável que algumas posições sejam ocupadas por mulheres, de forma que elas possam satisfazê-los, assim como faziam quando o espaço público era reservado apenas a eles. Nesses casos, as mulheres são contratadas como “mulheres” — ou de acordo com o que a sociedade espera que mulheres sejam: É comumente observado que o trabalho de mulheres fora de casa tende a monetizar papéis e tarefas que mulheres tradicionalmente desempenham em casa para homens.<sup>44</sup> (MACKINNON, 1979, p. 18).

---

43 Importante ressaltar que apesar de ser uma prática extremamente discriminatória, e que essa diferença salarial entre mulheres e homens desempenhando a mesma função não se justifica (mesmo cargo e mesma posição, já que a ocupação de cargos em posições diferentes faz com que a função desempenhada não seja a mesma), companhias institucionalizam essa forma de discriminação.

44 No original: *It is commonly observed that women's employment outside the home tends to monetize the roles and tasks women traditionally perform for men in the home.* (tradução



Para fins do presente trabalho, o argumento da sexualidade como fator decisivo para divisão sexual do trabalho é importante a fim de reforçar a distinção entre papéis sociais de mulheres e homens e, consequentemente, os processos de socialização de cada um. Essa distinção é replicada em processos automatizados — mesmo quando há a pretensão de neutralidade. Se hoje, na concepção social, isso começa a se reverter, por muito tempo as relações de trabalho traduziam as relações domésticas entre mulheres e homens. Então, conforme argumento, dados históricos e as características desejáveis para cada cargo, moldados pela divisão sexual, representam fatores que levam à perpetuação desses estereótipos e à consequente discriminação perpetrada por tecnologias de IA.

## 2.2 Discriminação automatizada no trabalho

Quando Cathy O'Neil compara o modelo de contratação dominante no passado com o atual, ela pondera que, no final das contas, a contratação “cara-a-cara” não passava de um simples julgamento de empatia e identificação do contratante (ou outras pessoas com quem trabalhe e que admire) com o candidato ou candidata. (O'NEIL, 2016).<sup>45</sup> Aqui, afirmo que esse julgamento ainda se perpetua hoje, mas de forma automatizada. O uso da IA no processo seletivo é uma tendência atual — já que empresas buscam contratar pessoas de forma mais barata e rápida<sup>46</sup> — e está atingindo um novo estágio, ainda mais desconhecido e inteligível para pessoas, mas com potencial ameaçador.

Companhias usam a IA para ordenar currículos (como é o caso da Amazon e do vagas.com), aferir personalidade — por meio de testes ou controle de atividades em redes sociais, fóruns e ferramentas de busca — e selecionar o candidato mais apropriado para o cargo, de forma rápida e menos custosa. Uma vez que o candidato é selecionado, essas companhias continuam utilizando a IA para controlar todos os aspectos da vida de seus funcionários,<sup>47</sup> especialmente

---

da autora)

45 “Candidates then usually faced an interview, where a manager would try to get a feel for them. All too often, this translated into a single basic judgment: Is this person like me (or other I get along with)? The result was a lack of opportunity for job seekers without a friend inside, especially if they came from a different race, ethnic group or religion. Women also found themselves excluded by this insider game.” (O'NEIL, 2018, p. 106 e 107)

46 “Companies faced with tens of thousands of job application don't want to deal with each one individually. It's easier and faster to let software programs crunch a few hundred of variables” (PASQUALLE, 2015, p. 34).

“For most companies, those WDMs are designed to cut administrative costs and to reduce the risk of bad hires (or ones that might require more training). The Objective of the filter, in short, is to save money” (O' NEIL, 2016, p. 118)

47 “Workers routinely surrender the right to object to, or even know, about, surveillance.(...) Technology makes it easy for firms to record workers' keystrokes and telephone conversations, and even to translate speech into text and so, predictive analysts claim, distinguish workers from shirkers” (PASQUALLE, 2015, p. 35)

em *call centers* (PASQUALE, 2015, p. 35), trabalhos marcados pela segregação horizontal de gênero. Por meio de todos esses mecanismos não testados, representações estereotipadas estão sendo mantidas (e invisibilizadas) no mundo do trabalho por algoritmos e grande parte da sociedade sequer sabe disso, dada a falta de transparência dos modelos utilizados.

Empresas movidas principalmente pelos incentivos de reduzir custos e diminuir o tempo de dedicação em processos de seleção utilizam serviços de ordenação de currículo automatizada para descartar, em uma primeira análise computadorizada, a maior quantidade de candidatos que puder. Quanto maior o número de pessoas rejeitadas em um primeiro corte, maior o valor do algoritmo para a companhia, pois mais tempo será poupado em etapas posteriores. Os parâmetros, então, são estabelecidos para cortar pessoas, e não necessariamente selecionar os melhores e mais aptos. Saber quais palavras exatas utilizar no currículo, para que o algoritmo não rejeite de pronto alguém que tenha incluído um termo errado,<sup>48</sup> se torna vantagem em processos de contratação.

O mesmo ocorre com testes de personalidade ou registro de atividades na internet. Saber o que as companhias buscam nas respostas de testes (ou padrões de resposta), ou saber quais tipos de atividade em rede — e o tempo que você gasta em cada uma delas — são ou não desejáveis para uma empresa e pode fazer com que você seja contratado. Não saber, pode fazer com que você seja desqualificado, muitas vezes, de forma injusta.

No caso do registro de redes sociais, ou registro de atividades em geral na internet, um problema maior surge no que diz respeito à possibilidade de exclusão de mulheres. Cathy O'Neil (2016, p. 120) traz o exemplo da Gild, companhia que monta um perfil de candidatos de acordo com as habilidades adicionadas por cada um em suas redes sociais. No entanto, com intuito de fazer uma busca mais completa acerca da pessoa, a companhia utiliza um espectro maior, buscando padrões de comportamento em fóruns e sites diversos. Para montar o perfil, no entanto, e atribuir valor às atividades em redes, utilizam casos de sucesso: uma vez a companhia identificou um talento que passava muito tempo em sites de histórias em quadrinho japonesas; a partir de então, esse passou a ser um atributo recompensado pela companhia. Apenas nesse exemplo, duas problemáticas surgem do uso de registro de atividades para mulheres. O primeiro diz respeito ao tempo livre. Como visto, mulheres gastam mais horas de sua semana desempenhando tarefas domésticas, já que são inerentes ao papel social da mulher. A dupla jornada, no entanto, reduz o tempo disponível para que mulheres sejam igualmente recompensadas por seus re-

---

48 “so job applicant must craft their resumes with that automatic reader in mind. It's important, for example, to sprinkle the resume liberally with words the specific job opening is looking for.” (O'NEIL, 2015)

gistros na internet. Além disso, muitos desses espaços virtuais utilizados como padrões são marcados por práticas sexistas, o que pode provocar desconforto para mulheres.<sup>49</sup> Logo, mulheres estariam sendo penalizadas por se preservarem de preconceitos.

Para tentar aferir como vai ser a personalidade de alguém no trabalho — algo incerto, por natureza, que só pode ser melhor aferido no dia-a-dia profissional, de fato — é necessário fazer simplificações e estabelecer parâmetros. E, como falado repetidamente ao longo do trabalho, aproximações tendem a ser inexatas e muitas vezes, injustas (O'NEIL, 2016).

A imprecisão de testes dessa natureza é tal que até mesmo a forma de os responder pode levar a resultados injustos. E ela é moldada pelo nosso processo de sociabilização, com base no que aprendemos. Normalmente, os parâmetros não levam em consideração o processo de socialização diferenciado entre homens e mulheres. Assim, respostas que refletem a forma — marcada pela divisão sexual de trabalho — pela qual mulheres aprenderam que devem se comportar no ambiente de trabalho, ao longo de toda a história, podem levar a resultados indesejados.

Assim como os demais candidatos, mulheres não sabem que determinado comportamento não é desejado para vaga — pensada para homens. Elas pensam que, como sempre foi em suas experiências anteriores, os contratantes estão em busca de alguém que responda de forma receptiva e solidária a seus chefes (quase sempre, homens) independentemente do que pensam, independentemente de considerarem os caminhos escolhidos pelos seus superiores piores, menos eficientes do que outros. Afinal, ao longo da maior parte da história, ensinaram que mulheres deveriam satisfazer os padrões desejados por homens/seus chefes.

É claro que, muitas vezes, nem mesmo o contratante tem ciência de que suas aproximações e inferências acerca de padrões verificados em currículos, atividades em rede, ou respostas em testes de personalidade estão sendo sexistas. Tal desconhecimento, no entanto, é fruto da ausência de mulheres, como pontuado anteriormente, que possam antecipar os cenários de discriminação, desconhecido por homens. O problema é que, mesmo nas raras hipóteses em que alguém se dá conta de que um resultado injusto foi perpetrado pelo algoritmo, não há incentivos em consertar o que leva à discriminação. Exceto nas hipóteses em que casos de candidatas injustamente desclassificadas, com bases claramente sexista, tenham se tornado públicos.

---

49 “The fact that prospects don't spend six hours discussing manga every evening shouldn't be counted against them. And if, like most of techdom, that manga site is dominated by males and has a sexual tone, a good number of the women in the industry will probably avoid it” (O'NEIL, 2016, p. 121)

É claro que as companhias, como um todo, têm uma preocupação em demonstrar que estão preocupadas com a diversidade de gênero: em 2019, das companhias utilizadas como parâmetro para pesquisa realizada pela consultoria McKinsey, 87% declarava que a consolidação de diversidade de gênero é uma de suas prioridades (MCKINSEY, LEAN IN, 2019). Afinal, não é bom para publicidade de uma empresa demonstrar descaso com a representação feminina, por exemplo, sobretudo daquelas que têm como principais consumidoras as mulheres. No entanto, na hora de colocar em prática, o comprometimento não é o mesmo: apenas 35% das empresas estabeleceram metas de diversidade com relação à representatividade de seus trabalhadores e, talvez por esse motivo, apenas 52% dos empregados afirmam que a companhia na qual trabalham estabelece como prioridade a diversidade de gênero.

Cathy O'Neil (2016) utiliza exemplos do mundo dos esportes para ilustrar modelos matemáticos positivos, a partir dos quais times realizam avaliações de estatísticas históricas para tentar prever jogadas, escalações, ou até mesmo resultados de jogos. Conforme a autora elucida, diferente do que ocorre nas empresas, erros nesses sistemas são revisados constantemente, já que qualquer equívoco pode levar a uma derrota do time. Os incentivos para revisão são claros, já que os efeitos negativos são veiculados ao vivo: com a perda em campo, o time é diretamente afetado, bem como seus dirigentes (que serão penalizados pelo público torcedor).

Em empresas controladas por homens, os incentivos inexistem: os dirigentes não serão diretamente afetados por decisões injustas que discriminem mulheres. Isso ocorre se elas não souberem em quais bases foram desclassificadas e, caso tomem conhecimento, não dispuserem meios para tornar isso público, a ponto de afetar a imagem da companhia.

Assim, tecnologias de contratação automatizadas são utilizadas frequentemente sem que sejam previamente testadas e, quando são, muitas vezes não corrigem erros que possam surgir, ou que são identificados a partir do uso do sistema (vieses decorrentes). Como apresento a seguir, essa situação está atingindo um novo estágio com efeitos ainda mais desconhecidos.

### **3. Mais um passo em direção à discriminação: o exemplo da HireVue**

Além do ranqueamento automático de currículos, dos testes de personalidade, ou do controle de atividade em rede, entrevistas preditivas em vídeo estão sendo empregadas sem que as pessoas tenham ciência de como estão sendo avaliadas, o que está sendo avaliado e como elas podem estar sendo rejeitadas em bases injustas. Os potenciais efeitos discriminatórios ainda são incertos e, mesmo assim, a tecnologia já está se espalhando pelo mundo: a HireVue, empresa

que presta serviços de recrutamento e seleção, já atende mais de 700 clientes em diversos países. Utilizada também pela Goldman Sachs, a empresa acaba de ter uma reclamação apresentada contra ela nos Estados Unidos.<sup>50</sup> Fundada em 2004,<sup>51</sup> a HireVue é uma companhia de desenvolvimento de tecnologias cujos objetivos são aprimorar, facilitar e agilizar processos de contratação de pessoal: *"HireVue uses a combination of proprietary voice recognition software and licensed facial recognition software in tandem with a ranking algorithm to determine which candidates most resemble the ideal candidate."*<sup>52</sup>

A avaliação do sistema é expressa por meio da ordenação dos candidatos, de acordo com a pontuação atribuída por um sistema de IA. A intenção da HireVue é que a tecnologia desenvolvida por ela sirva apenas como orientação para decisão do contratante. No entanto, apesar da ordenação automática não ser mandatória, claramente exerce um grande peso. Empresas querem estar nos primeiros resultados de pesquisa do Google, pois sabem que as pessoas dificilmente irão consultar páginas seguintes em busca de opções melhores, já que os consumidores acreditam nas predições dos algoritmos, mesmo sem conhecê-los. Da mesma forma, não é desejável para um candidato não estar entre os primeiros resultados: seus empregadores não irão verificar os últimos da listagem. Afinal, para que serviria o *ranqueamento* automático se não para desqualificar o maior número de pessoas de forma mais rápida e acelerar o processo de contratação?

O exemplo da HireVue, que será pormenorizado nesta seção, é útil para visualização de como uma tecnologia utilizada para pontuar/avaliar pessoas é capaz de reproduzir discriminação de gênero diante da incorporação de vieses de naturezas distintas. Além disso, os efeitos dos resultados enviesados fornecido pelos sistemas da HireVue refletem as características perigosas do uso de sistemas de IA: a aplicação é feita em escala, os resultados discriminatórios se justificam em um *feedback loop* pernicioso e as instruções do algoritmo carecem de transparência. A seguir, passo a explicar, de forma breve, como a

50 GLOBO. Algoritmos reproduzem machismo e racismo por se basearem em práticas discriminatórias humanas. Novembro, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/algoritmos-reproduzem-machismo-racismo-por-se-basearem-em-praticas-discriminatorias-dos-humanos-24085081>> . Acesso em: 17 nov. 2019.

51 FAST COMPANY. This Bot judges how much you smile during your job: Predictive AI applications like HireVue screen job candidates on around 25,000 data points, breaking down their words, voice, and facial expressions. 15/01/2019. Disponível em: <<https://www.fast-company.com/90284772/this-bot-judges-how-much-you-smile-during-your-job-interview>> . Acesso em: 01 nov. 2019.

52 BUSINESS INSIDER. I tried the software that uses AI to scan job applicants for companies like Goldman Sachs and Unilever before meeting them - and it's not as creepy as it sound. 29/08/2019. Disponível em <<https://www.businessinsider.com/hirevue-ai-powered-job-interview-platform-2017->>> . Acesso em: 03 nov. 2019.

tecnologia da HireVue é empregada em processos seletivos e como a empresa desenvolveu seus sistemas de entrevistas preditivas em vídeo.

### 3.1. Como funciona a HireVue

A entrevista em vídeo é apenas uma das etapas de contratação quando os serviços da HireVue são empregados em processos seletivos. Desde a inscrição para a vaga, feita por meio de um formulário online, grande parte dos campos são preenchidos automaticamente pelas informações contidas em outras redes, como o *LinkedIn*. Após um processo de seleção automatizado das informações curriculares, outros estágios/processos computadorizados identificados como perniciosos ao longo do trabalho, como jogos de personalidade,<sup>53</sup> definem as chances de um candidato ter ou não sucesso na sua candidatura.

Até a última fase, os candidatos são avaliados somente por máquinas, as quais têm a pretensão de garantir, além da eficiência, maior diversidade na contratação (novamente, esse é apenas o objetivo declarado da companhia que desenvolveu o algoritmo). *"It's important to note that HireVue Assessments don't replace all person-to-person interviews"*.<sup>54</sup> A entrevista final é a única fase presencial e somente participam, no entanto, candidatos com recursos suficientes para entender quais os parâmetros que devem seguir para que não sejam descartados por máquinas. Conforme apresentei no tópico relativo às formas discriminação automatizada no ambiente de trabalho, os candidatos não sabem quais são os parâmetros desejados pela companhia nos testes de personalidade e na atividade no *LinkedIn*, ou quais são os comportamentos desejados durante entrevista. Esses parâmetros desconhecidos são padronizados pela máquina, reduzindo as chances de assegurar uma mínima diversidade nas entrevistas (HIREVUE, 2019).

As entrevistas em vídeo da HireVue, em um primeiro momento, consistiam apenas em um serviço *on-demand*, cujo objetivo precípua era possibilitar a avaliação de uma variedade maior de talentos em menos tempo. Sem a necessidade de agendamentos de entrevista, os entrevistados poderiam fazê-las onde e quando fosse mais conveniente, assim como os avaliadores poderiam verificá-las e avaliá-las no horário de preferência<sup>55</sup>. No entanto, esse serviço

53 Assim como os testes de personalidade, buscam tentar prever como será o comportamento de um candidato no dia a dia de trabalho, por meio de jogos interativos, em vez de perguntas.

54 LARSEN, Loren. Artificial Intelligence, Hiring Assessments, Video Interviewing. HireVue, 2018. Disponível em: <<https://www.hirevue.com/blog/train-validate-re-train-how-we-built-hirevue-assessments-models>>

55 LARSEN, Loren. Reducing Bias and Widening the candidate pool: why built HireVue assessments. HIREVUE, 2018. Disponível em: <<https://www.hirevue.com/blog/reducing-bias-and-widening-the-candidate-pool-why-we-built-hirevue-assessments>> . Acesso em: 25 nov. 2019.

ainda possuía falhas. Muitas pessoas desistiam dos processos seletivos ainda por conta da demora dos empregadores em avaliar as entrevistas e, além disso, as companhias estavam contratando não os melhores, mas os candidatos que estavam mais dispostos a enfrentar todo o processo.

Foi só então que a HireVue começou a utilizar os vídeos arquivados de processos seletivos antigos e combiná-los com *machine learning*, para realizar predições acerca do sucesso de cada candidato no dia a dia de trabalho, caso fosse aprovado no processo seletivo. Para viabilizar uma primeira aplicação desse novo estágio de avaliação automatizada, a HireVue informou seus algoritmos com entrevistas registradas por ela ao longo de todo o período em que prestava somente serviços de entrevistas *on-demand* — formato de avaliação que ainda exigia que os avaliadores assistissem a todos os vídeos a fim de informá-los sobre as decisões que iriam tomar posteriormente. Ou seja, as entrevistas utilizadas como provedoras de dados de IA da HireVue eram submetidas a crivos enviesados.

Segundo Larsen, *Chief Technology Officer* (CTO) da HireVue, a companhia se assegurou de que um indicador claro para diferenciar os candidatos ruins dos bons estivesse presente desde o desenvolvimento do seu primeiro algoritmo. Direcionada por esse indicador, hoje a HireVue desenvolve modelos com um mínimo grau de personalização para cada processo seletivo e elabora perguntas diferentes para cada vaga, levando em consideração as habilidades exigidas para execução do emprego. Essas perguntas são utilizadas para avaliar uma população inicial — grupo teste —, que podem ser tanto possíveis candidatos, como pessoas que trabalham na empresa contratante e que sejam consideradas como casos de sucesso dentro da companhia. As avaliações do grupo serão consideradas como referencial para o modelo. Em seguida, os resultados dos grupos testes são observados para verificar a presença de vieses e realizar eventuais correções, antes de implementar o sistema. Periodicamente, a HireVue monitora os resultados para assegurar que as avaliações estejam de acordo com os objetivos de seus clientes (os contratantes) e garantir que a predição é precisa.<sup>56</sup>

Dado o funcionamento da tecnologia, há margem para incorporação de vieses desde o desenvolvimento do primeiro sistema. Isso porque a HireVue utiliza dados históricos de decisões tomadas por seres humanos para desenvolver o modelo de predição das entrevistas em vídeo — e a própria companhia reconhece que essa forma de tomada de decisão é enviesada. Conforme argumento no presente trabalho, esses vieses poderão refletir padrões discri-

56 LARSEN, Loren. *Train, validate, re-train: how we build HireVue assessments models*. HIREVUE, 2018. Disponível em: <<https://www.hirevue.com/blog/train-validate-re-train-how-we-build-hirevue-assessments-models>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

minatórios de gênero, pautados na diferença de papéis sociais de mulheres e homens.

Afinal, o referencial utilizado para as entrevistas preditivas de cada empresa contratante são, em parte, candidatos prospectivos que representam potenciais talentos para elas — e que tendem a refletir representações estereotipadas de gênero, pautadas na divisão sexual do trabalho. Por outro lado, dada a baixa diversidade de gênero em companhias (seja pela segregação horizontal ou pela estratificação vertical), haverá uma escassez de dados femininos na hipótese em que os próprios empregados das contratantes são utilizados como referenciais, o que também poderá propiciar resultados negativos e injustos às mulheres.

Nem mesmo o monitoramento periódico é suficiente para minimizar as chances de incorporação de vieses de dados nos processos automatizados, uma vez que sempre será orientada por decisões humanas, em última instância: os candidatos que, de fato, obtiveram sucesso na contratação (formalizada pelo HireVue, através de contratos eletrônicos) foram, necessariamente, submetidos a um crivo presencial. E, conforme passaremos a analisar, o uso de dados históricos para informar a decisão dos algoritmos não é a única forma que abre margem para a incorporação de representações discriminatórias de gênero na IA: a tecnologia da HireVue é passível de introdução também de vieses pré-existentes, técnicos e decorrentes.

### **3.2 Vieses nas entrevistas preditivas em vídeos**

A ferramenta de entrevistas preditivas em vídeo analisa cerca de 25 mil dados a cada 20 minutos de vídeo, a partir da escolha de palavras do entrevistado, voz e expressões faciais, coletados com o objetivo de ranquear as entrevistas. A avaliação dos candidatos é expressa por uma nota, que varia entre 0 e 100 e expressões faciais representam menos de 30% desta nota — informação incerta, conforme verificaremos a seguir. O restante é feito com base, principalmente, no uso da linguagem do candidato de suas habilidades verbais.

#### **3.2.1. Linguagem**

Cerca de 350 características são analisadas na captação da linguagem do entrevistado (linguagem mais ou menos técnica, quão longa é a sentença e pronomes utilizados).<sup>57</sup> Só no processamento dessa informação, é possível identificar vieses de diversas origens. Como vimos, vieses técnicos são inerentes às tecnologias de NPL. Nosso modo de falar é repleto de valores, e diversas

---

57 THE DAILY TELEGRAPH. *AI used for first time in job interviews in UK to find best applicants*. 27/09/2019. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/27/ai-facial-recognition-used-first-time-job-interviews-uk-find/>> . Acesso em: 05 out. 2019.



palavras representam vieses de gênero sem que nós sequer nos demos conta. A fala reproduz o machismo imbricado na sociedade: o vocabulário da língua inglesa, por exemplo, comporta mais palavras que sexualizam mulheres, mesmo diante da existência de um universo muito maior de palavras que se refiram a homens (BOLUKBASI, et al, 2016, p. 3). E isso é processado pela máquina. É fácil perceber discriminação de gênero mesmo no emprego de termos em diálogos prosaicos do nosso cotidiano, repletos de gírias que favorecem atributos masculinos, e que serão identificados pelos sistemas informatizados.

Logicamente, ninguém irá empregar uma linguagem com esse nível de informalidade em uma entrevista de emprego, que é a natureza dos dados utilizados como grupos testes pela HireVue.<sup>58</sup> Mas as noções de favorecimento masculino imbricadas em tais gírias são reproduzidas (e suavizadas) também no emprego da linguagem mais formal. Se observarmos exemplos no outro extremo da formalidade da língua, é possível verificar que, dificilmente, o processamento de linguagem para posterior classificação será isento de vieses. Como verificado anteriormente, mesmo as pesquisas realizadas com sistemas de *word-embedding* treinados com artigos do *Google News* revelam estereótipos de gênero — “*in a disturbing way*” (BOLUKBASI, et al, 2016).

A escolha de perguntas, as respostas e as representações numéricas de palavras são fatores que reforçam resultados enviesados. Por exemplo, as **perguntas** abrem margem para vieses decorrentes, que emergem da frustração das expectativas dos programadores com relação aos valores de suas entrevistadas; as **respostas**, por sua vez, podem refletir vieses pré-existentes, dado o processo de socialização das mulheres; já as **representações numéricas das palavras**, praticamente de forma inevitável, apresentam vieses técnicos e pré-existentes, já que levam em consideração modelos primários de vetorização de palavras, que consideram proximidades geométrica delas.

Não por outro motivo, em um de seus e-books, “*2 ways to take video interviewing to the next level*”, a própria HireVue reconhece que perguntas que levam em consideração experiências de trabalho apresentam alto potencial em conter vieses, assim como anos de educação e escolha da universidade. No entanto, as companhias podem ou não optar por utilizar esse tipo de pergunta e, mesmo que não optem, é possível que candidatos falem de suas experiências passadas. Se, por exemplo, a correlação entre as palavras “receptionista” e “mulher” não forem neutralizadas no próprio algoritmo, é possível que o sistema aprenda a diferenciar homens e mulheres e, caso aprenda, poderá aprender também que mulheres, no histórico daquela companhia, não eram desejadas

58 Imagino que a HireVue utilize modelos primários para produzir redes de vetores de palavras com dados textuais que tenham uma mínima pretensão de neutralidade, mas a companhia não informa.

— ou eram, mas somente para desempenhar determinadas funções alinhadas com seu papel social.

### 3.2.2. Voz

As entrevistas em vídeo da HireVue levam em consideração informações como tom e a velocidade da voz também.<sup>59</sup> São diversas as formas pelas quais vieses podem se originar a partir do processamento desses dados, mas apresentarei somente os vieses inerentes ao reconhecimento da voz. Tecnologias de texto-para-fala (*speech synthesis*) por muito tempo operaram melhor para homens do que para mulheres (FEAST, 2019; HENTON, 1999). Até que grande parte passou a ter voz de mulheres, mesmo não soando tão naturais, e sim mais robóticas: a disseminação de assistentes digitais fez com que o emprego dessa tecnologia em nosso cotidiano seja predominante feminina. Afinal de contas, a Alexa e a Siri desempenham o papel de secretária, tipicamente atribuído à mulher (não seria tão amigável para os homens se ouvirem como assistentes).<sup>60</sup>

Da forma similar, a discriminação de gênero pode ser percebida em tecnologias de reconhecimento de fala automático (*automatic speech recognition*, em inglês), i.e., fala-para-texto. Nessa hipótese, no entanto, não há discriminação direta — em que o programador adota uma escolha (voz de mulher para assistentes digitais) a fim de reproduzir conscientemente papéis de gênero estereotipados. Um sistema que reconhece mal a voz de mulheres pode levar a “traduções” erradas de sua fala e palavras que não foram efetivamente ditas (ou palavras que foram ditas) podem ser erroneamente identificadas (ou omitidas). Isso pode ocorrer diante de dados insuficientes de falas de mulheres ou do desenvolvimento de um sistema preparado apenas para homens<sup>61</sup> (HENTON, 1999). E como verificamos, em diversos estágios do desenvolvimento do sistema da HireVue, os grupos testes tendem a refletir dados históricos.

Nesse cenário, inadequações no sistema podem excluir, de forma ainda mais intensa, mulheres que estejam sendo entrevistadas em qualquer que não seja sua língua nativa (o mesmo ocorre para homens estrangeiros também). Se a voz não é bem reconhecida, o tom e a velocidade também não serão proces-

59 THE DAILY TELEGRAPH. *AI used for first time in job interviews in UK to find best applicants*. 27/09/2019. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/27/ai-facial-recognition-used-first-time-job-interviews-uk-find/>> . Acesso em: 05 out. 2019.

60 UOL NOTÍCIAS. *Mulheres digitais Porque todas as assistentes virtuais têm vozes femininas?*. Disponível em: <<https://www.uol/noticias/especiais/assistentes-de-voz-x-feminis-mo.htm#tematico-1>>

61 “(...) female voices historically have been marginalized acoustically (and hence, disregarded in phonetic theory) owing to inadequacies in analytic hardware. That should be obvious to anyone who has wrestled with interpreting spectrograms of female voices. Until recently, the sound spectrograph has been the most frequently-used tool in acoustic speech analysis, and other instruments (such as narrow-band spectrum analyzers and pitch extraction tools) are still imperfect in analyzing females speech”. (HENTON, 1999)

sados da melhor maneira possível. E as inferências que se originam a partir do processamento dessas informações serão incorretas e, provavelmente, injustas.

### 3.2.3. Expressões faciais

Outro aspecto considerado pelas entrevistas em vídeo são as expressões faciais. O algoritmo avalia a quantidade de vezes que olhos se abrem ou fecham, o levantar ou cerrar de sobrancelhas, e até mesmo o sorriso.<sup>62</sup> Quando a rede de hotéis Hilton utilizou os serviços da HireVue para contratação, a empresa optou por dar maior relevância para a quantidade de vezes que o candidato sorriu ao longo da entrevista — parâmetro eliminatório do processo seletivo da rede de hotéis. Esse critério foi desenvolvido tendo como referência o que se demonstrou ter sido relevante para emprego a partir do grupo teste utilizado para informar o modelo.<sup>63</sup>

Nessa hipótese, mulheres que fogem do papel social atribuídos a elas são excluídas, sem saber que os motivos para tal foram a insuficiência da quantidade de sorrisos. Como apresentado por Mackinnon, diante da construção social da imagem do que deve ser a mulher no ambiente de trabalho, algumas características passaram a ser desejadas para cada emprego, como era o caso de “gestos submissos” para cargos de telefonistas (MACKINNON, 1979). No processo seletivo do Hilton, mulheres que fogem desse padrão são desclassificadas de pronto. Neste exemplo, em que a ocupação envolve tarefas compatíveis com o papel social da mulher, a discriminação se dá de forma contrária ao que foi verificado quando avaliamos os testes de personalidade, mas ambas reforçam representações estereotipadas de gênero. Assim, noções sexistas acerca do papel social de cada gênero — e as formas pelas quais esses valores se relacionam com categorias de trabalho — são reforçadas — e aplicadas em escala — pelo algoritmo. Como isso poderá se reverter, se a discriminação é invisível?

A análise de expressões faciais talvez seja o critério mais problemático de entrevistas preditivas em vídeo, até mesmo porque depende diretamente de outros fatores externos. A luz poderá prejudicar a precisão da digitalização da imagem, bem como a qualidade da câmera utilizada. Se mulheres recebem menos, também é possível que tenham recursos tecnológicos mais precários para fazer as entrevistas e a baixa precisão de suas avaliações levará a resultados

62 THE DAILY TELEGRAPH. *AI used for first time in job interviews in UK to find best applicants*. 27/09/2019. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/27/ai-facial-recognition-used-first-time-job-interviews-uk-find/>>. Acesso em: 05. out 2019.

63 FAST COMPANY. *This Bot judges how much you smile during your job: Predictive AI applications like HireVue screen job candidates on around 25,000 data points, breaking down their words, voice, and facial expressions*. 15/01/2019. Disponível em: <<https://www.fast-company.com/90284772/this-bot-judges-how-much-you-smile-during-your-job-interview>>

injustos. Entretanto, a falta de precisão claramente discriminatória ocorre não por conta de limitações dos instrumentos utilizados, mas por limitações técnicas fruto de reprodução de vieses sociais pela máquina.

Uma pesquisa realizada por Buolamwini e Gebru apontou para a identificação errônea de mulheres por tecnologias de análise facial, diante da escassez de dados femininos — sobretudo de mulheres negras. A pesquisa foi realizada com três diferentes tecnologias comerciais de identificação de gênero e tipo de pele por meio de reconhecimento facial (BUOLAMWINI, GEBRU, 2018). Ou seja, na aplicação comercial (objeto de estudo da pesquisa), mulheres negras são as principais discriminadas. Na aplicação no mercado de trabalho, mulheres (ainda sub-representadas, sobretudo como casos de sucesso, que seriam utilizados como parâmetros) podem ser desfavorecidas diante de uma performance menos precisa de entrevistas realizadas com elas.

É claro que essas suposições são incertas, assim como o próprio funcionamento da tecnologia, como veremos adiante. Os exemplos de discriminação que podem se originar a partir do uso da HireVue são apenas hipóteses que se fundamentam em outras oportunidades em que tecnologias de IA foram comprovadas discriminatórias, por refletirem vieses — na maior parte das vezes, de forma não intencional. Por mais incertas que sejam, essas suposições são plausíveis e até mesmo as mais absurdas podem ser reais, dada a opacidade característica de modelos matemáticos perniciosos. Considerando que a HireVue ainda não entrega um relatório para os candidatos (com o resumo da avaliação individual, a identificação dos parâmetros universais e dos indicadores de performance), é possível supor até mesmo que vieses intencionais sejam responsáveis pela reprodução de representações estereotipadas.

Não poderiam as empresas contratantes, por exemplo, solicitar que referenciais sexistas sejam utilizados para orientar decisões do sistema da HireVue? Conforme MacKinnon (1979) elucida, “mulheres tendem a ser avaliadas economicamente de acordo com a percepção que homens têm sobre o potencial de elas serem assediadas sexualmente”(MACKINNON, 1979, p.23).<sup>64</sup> Segundo os resultados da pesquisa mencionada, realizada pela *McKinsey*, 41% das mulheres entrevistadas reportaram ter sofrido assédios sexuais durante sua carreira, seja por serem tocada de formas sexuais inapropriadas, ouvir piadas sexistas, ou ao serem alvos de tentativas de sexo não consentido. E dentre as mesmas mulheres entrevistadas, apenas 50% acreditam que reportar casos de assédio sexual é efetivo (LEANIN e MCKINSEY, 2019).

Além disso, já existem pessoas que empregam seus esforços para desenvolver tecnologias capazes até mesmo de determinar a orientação sexual de

---

64 No original: [The observations suggests that] *Women tend to be economically valued according to men's perceptions of their potential to be sexually harassed* (MACKINNON, 1978, p. 23)

uma pessoa a partir de uma fotografia, com bases questionáveis e aparentemente repleta de vieses para suas predições.<sup>65</sup> Ou seja, há disponibilidade tecnológica e disposição moral para desenvolver uma tecnologia de IA que avalie mulheres de forma insatisfatória. Aquelas que desviarem do papel social atribuído a elas (de satisfação dos desejos masculinos) serão penalizadas, seja por não atenderem aos padrões de beleza estipulados por grupos de poder, seja por serem consideradas lésbicas por sistemas automatizados.

As possibilidades de discriminação são inúmeras, e as certezas de que a HireVue não as utiliza sob qualquer hipótese são mínimas. Não por outro motivo, conforme já mencionado, foi apresentada uma reclamação contra a companhia perante as autoridades competentes nos Estados Unidos. Entretanto, enquanto o processo segue pendente de análise, e a reprodução de representações estereotipadas e discriminações de gênero são plausíveis, a tecnologia segue sendo utilizada em larga escala.

### 3.3 Perversidade na tecnologia da HireVue

A reclamação apresentada contra a empresa evidencia o potencial discriminatório de sua tecnologia, já que questiona a presença de vieses de gênero em seus algoritmos. Mas o descaso dos demais atores do mercado com a discriminação é tal que os possíveis efeitos segregacionistas não servem como desincentivo para seu uso. Assim, a implementação da tecnologia de entrevista em vídeo em mais de 700 companhias promove uma padronização nos valores que serão dominantes — essencialmente, masculinos. As brechas para mulheres obterem êxito em driblar o *status quo*, tornam-se, então, menores. Isso não necessariamente significa que menos mulheres conseguirão ingressar no mercado, mas sim que determinadas características em mulheres serão valorizadas em detrimento de outras, o que poderá variar para cada vaga. E, a partir do uso disseminado de uma só tecnologia para diversos processos de contratação, as representações discriminatórias promovidas por ela são empregadas em escala.

Considerando a tecnologia de NPL (*natural language processing*), por exemplo, necessária para traduzir as falas das entrevistas em informações compreensíveis para máquinas, não é razoável esperar que a companhia utilize, para cada uma das mais de 700 companhias que atende, códigos diferentes na determinação de sequências numéricas que representam cada palavra — e, conseqüentemente, no estabelecimento das respectivas correlações com outras contendo o mesmo significado, quando utilizadas em determinado contexto. Os mesmos rótulos serão aplicados mundialmente.

---

65 “(...) *gay men and women tended to have gender-atypical facial morphology, expression and grooming styles*” (WANG, KOSINSKI, 2017)

Há, de fato, um certo grau de flexibilização para cada companhia. Quais critérios serão ou não determinantes, quais “talentos” da companhia serão utilizados como padrões para informar decisões (i.e., qual a base de dados será utilizada como grupo teste para informar como as máquinas devem escolher): tudo isso pode ser determinado pela companhia que contrata o serviço da HireVue. No entanto, tudo isso também depende de decisões humanas e podem dar origem a vieses de dados, ou vieses decorrentes, por não considerar a mudança de valores da sociedade como um todo (a qual acredita que mulheres não devem mais desempenhar papéis domésticos), mas somente os valores dos tomadores de decisão das companhias (em sua maioria, homens, por conta da estratificação vertical). Além disso, como vimos, todos esses critérios personalizáveis pela companhia serão marcados por noções já sexistas, levando em consideração o histórico das empresas (que até pouco tempo, não tinham qualquer pretensão de contratar mais mulheres).

Conforme matéria divulgada no *Business Insider*, realizada após Richard Feloni ter testado a tecnologia da HireVue,<sup>66</sup> a maior parte das companhias que emprega os serviços da HireVue utiliza entrevistas preditivas em vídeo como uma das primeiras etapas de seleção para cargos de estágio inicial. Ou seja, o corte inicial é feito por máquinas para cargos de menor relevância. Como vimos, o final do processo depende de aprovação humana: o emprego da tecnologia pode ser encarado como uma justificativa e base para escolhas posteriores enviesadas.

Assim, em um próximo ciclo, as decisões de contratação em processos que já empregaram a tecnologia da HireVue (dotadas de vieses reproduzidos por IA, e por vieses humanos — que decidem a contratação final) serão utilizadas para orientar novas decisões automatizadas. As possibilidades de que um resultado discriminatório seja apresentado contra mulheres são reforçadas. Isso porque mulheres entrevistadas digitalmente e reprovadas na fase presencial serão usadas como parâmetro negativo para alimentar o sistema, e apenas aquelas que tenham atendido aos critérios (possivelmente) discriminatórios da máquina e tenham burlado o crivo igualmente sexista de seres humanos enviesados serão utilizadas como casos de sucesso.

A própria Unilever, apresentada como caso de estudo de promoção de diversidade a partir do uso da tecnologia (HIREVUE, 2017),<sup>67</sup> emprega entrevistas preditivas em vídeo apenas para cargos de entrada (no caso, representantes de atendimento ao cliente). Logo, a estratificação vertical pode ser mantida e, se

---

66 A oportunidade de testar a companhia foi possível a partir do contato de Richard Feloni com o CTO da HireVue.

67 HIREVUE. Unilever Success Story. Disponível em: <<https://www.hirevue.com/wp-content/uploads/2019/02/Unilever-Success-Story-PDF.pdf>>

utilizarem apenas os dados dos candidatos que permaneceram na empresa por mais tempo para orientar decisões futuras, ou informações daqueles empregados que receberam qualquer tipo de promoção, decisões automatizadas podem, em um futuro próximo, voltar a aumentar a desigualdade. Não por outro motivo, a HireVue não especifica em quais cargos ocorreu o aumento de 16% em diversidade, nem quais os indicadores de aferição de diversidade.

Considerando que a Unilever utiliza o software, sobretudo em contratação para cargos de atendimento ao cliente, é de fato provável que o emprego da tecnologia promova o aumento de mulheres na companhia. No entanto, o aumento da diversidade é acompanhado da segregação horizontal: a função de atendimento reflete o papel social da mulher, e se o aumento foi verificado apenas nessa classe, não há diversidade sendo promovida, e sim o reforço de representações estereotipadas de gênero. A empresa, provavelmente, não irá alterar todo o código da tecnologia caso perceba que discriminações desse tipo se deram contra um grupo específico de pessoas no emprego das entrevistas preditivas em vídeo para um processo de contratação específico.

Para agravar, o funcionamento dessa tecnologia, desenvolvida em 2012 (LARSEN, 2018) HireVue, é incerto. Como verificamos, dada a opacidade dos parâmetros de decisão, tudo o que se sabe acerca do uso de IA em entrevistas de vídeos preditivas é o que consta na divulgação dos *white papers* da própria companhia (dispersos em diversos documentos diferentes, o que dificulta ainda mais a verificação (HIREVUE, 2019)<sup>68</sup>), ou de informações divulgadas à imprensa através de seus representantes, as quais não são uníssonas. Por exemplo, enquanto em informações oferecidas ao *The Daily Telegraph*, a companhia alega que linguagem e escolha de palavras representam mais de 80% da avaliação do candidato, em entrevista concedida para *Fast Company*, o CTO alega que 30% da nota é dada tendo como referência a análise de expressões faciais. Os números não fecham e as informações são conflitantes.

A opacidade intencional (por meio do emprego tanto do sigilo real e legal, como da ofuscação, verificada no fornecimento de informações conflitantes), característica de algoritmos discriminatórios, é identificada no serviço prestado pela HireVue. Indivíduos, eventualmente injustiçados devido às decisões orientadas pelas predições dos algoritmos, não sabem os motivos pelos quais receberam um resultado negativo. E mesmo que venham a saber, não possuem os meios adequados para compreender de que forma aquele resultado injusto se deu.

---

68 HIREVUE. 2 ways to take video interviewing to the next level. Disponível em: <<https://www.hirevue.com/wp-content/uploads/2019/04/2-Ways-to-Take-Video-Interviewing-to-the-Next-Level-HireVue-eBook.pdf>>

## Conclusão

Estamos entrando em uma nova fase de discriminação de gênero, em que representações estereotipadas são reproduzidas por sistemas de IA, e ainda não sabemos como lidar com essas novas formas de promoção de preconceitos. Sabemos quais foram os impactos negativos da consolidação de uma divisão sexual do trabalho, pautado na imagem social de que a mulher deve satisfazer as necessidades do homem, protagonista do espaço privado, ao longo do período histórico em que somente esse espaço era feminino. Não obstante os efeitos da replicação em escala desses vieses serem desconhecidos, diversas companhias empregam tecnologias de decisão automatizada em seus processos de seleção — e muitas já foram consideradas discriminatórias.

Dados históricos são usados para moldar os parâmetros considerados desejáveis para cada contratação. Mesmo quando as informações que indicam gênero são neutralizadas, atributos considerados femininos podem ser etiquetados como indesejados para determinados cargos (e desejados para cargos que reforçam estereótipos de gênero). Um dos motivos que pode levar a essa forma de viés é a ausência de diversidade nos dados oferecidos para orientar as decisões — já que, historicamente, decisões de contratação eram realizada por humanos orientados pela divisão sexual do trabalho.

Há casos em que, excepcionalmente, companhias atuam com cuidado na seleção do grupo teste, para que um conjunto de pessoas diversas entre si seja utilizado para orientar decisões automatizadas. Ainda assim, é possível que esses padrões sejam reproduzidos pela própria noção cristalizada — na fala, nas instituições, nas relações pessoais — de atributos considerados por humanos de valores/características próprias de cada profissão — os vieses pré-existent, sociais ou individuais. Não é que o desenvolvedor acredite que mulheres sejam mais desejáveis como secretárias, mas sim que as características socialmente atribuídas às mulheres não são almejadas para ocupar um cargo de programador, por exemplo. Assim, mulheres e homens acabam reproduzindo padrões de gênero determinados pela sociedade — para não serem penalizados por ela.

Há ainda que lembrar que a decisão de quem irá ocupar os principais cargos de liderança (estratificação vertical) não é feita por máquinas, mas sim por pessoas, que possuem valores construídos sob a ótica machista. Como a matemática Cathy O'Neil alerta, a intensidade dos impactos da aplicação não testada e não questionada de modelos matemáticos é maior nas massas pobres e/ou oprimidas. Para a autora, premissas perversas encobertas por expressões matemáticas (inteligíveis por grande parte da sociedade) não afetam os privilegiados: diferente do que ocorre com as massas historicamente reprimidas, eles não são processados por máquinas.



Assim, se os casos de sucesso forem utilizados como referenciais para decisões automatizadas (i.e., pessoas que tenham se saído bem em entrevista e alcançaram cargos altos na empresa), os parâmetros sempre serão masculinos. Isso ocorre pois, de um lado, as decisões de promoção ainda são tomadas por humanos e, em sua maioria, homens, de outro, processamento da massa que não se encontra no topo hierárquico (de onde mulheres são excluídas) é feito por máquinas que utilizam os parâmetros de sucesso — majoritariamente, masculinos.

Dada a natureza enraizada dos vieses, e as formas pelas quais eles são reproduzidos, dificilmente processos de revisão dos modelos matemáticos levará à mitigação de padrões discriminatórios.<sup>69</sup> A maior parte desses sistemas, como vimos, é desenvolvido para penalizar pessoas que não possuam determinados atributos, e não para identificar possíveis talentos e oferecer ajudar. Caso a promoção de diversidade fosse o verdadeiro objetivo dos sistemas automatizados, atributos de gênero não seriam, necessariamente, neutralizados, mas levados em consideração para que as empresas pudessem fornecer os recursos necessários para reparar a sub-representação que leva à perpetuação de discriminação por meio de IA. Encaro a baixa representatividade feminina como uma importante barreira para o uso de modelos automatizados de seleção de pessoas, seja pela limitada presença de mulheres no desenvolvimento de algoritmos, que possam adiantar os cenários de discriminação, pela escassez de dados femininos, ou pela falta de liderança feminina, que possa impulsionar outras mulheres, a fim de subverter os papéis consolidados de gênero.

Sem esse primeiro passo em direção à maior representatividade, o uso de tecnologias de IA não irá deixar de representar, ao meu ver, mais de uma forma de discriminação feminina, que reforça o valor do atributo gênero como fator discriminatório no ambiente de trabalho. Conforme os dados do IBGE apontam (cf. nota de rodapé 31), vimos o discurso de que mulheres somente são aptas a ocupar cargos cujas tarefas sejam compatíveis com seu papel social, parece estar enfraquecendo no imaginário social. Além disso, posturas claramente discriminatórias adotadas por companhias podem prejudicar a imagem das mesmas. No entanto, dada a natureza de tecnologias de IA, o seu emprego em processos de seleção pode voltar a consolidar papéis sociais marcados por estereótipos de gênero. Essas instruções algorítmicas enviesadas dificilmente são denunciadas e posteriormente combatidas, tendo em vista a opacidade e

---

69 *"Phrenology was a model that relied on pseudoscientific non-sense to make authoritative pronouncements, and for decades it went untested. Big Data can fall into the same trap. Models like the ones that red-lighted Kyle Behm and blackballed foreign medical students at St. George's can lock people out, even when the Science inside them is little more than a bundle of untested assumptions."* (O' NEIL, 2016, p. 122)

inteligibilidade dos programas, que impedem a comprovação da discriminação. Nesses cenários, avanços tecnológicos representam retrocessos sociais — e nenhum benefício de otimização de tempo e quantidade de candidatos avaliados poderia servir como justificativa para manutenção do emprego dessa tecnologia.

No presente trabalho, avantei os possíveis prejuízos do emprego indiscriminado de tecnologias de IA em processos de tomadas de decisão que envolvam aspectos sensíveis da vida de uma mulher, sem pretensão de fornecer soluções normativas para garantir o uso justo dessas tecnologias. Após verificar o potencial negativo para mulheres, entretanto, concluo que ainda não alcançamos um grau de neutralidade na sociedade a ponto de garantir que o uso de tecnologias possa promover maior diversidade de gênero no ambiente do trabalho. Pelo contrário, o alcance de seu funcionamento é tal que as representações estereotipadas possam ser retomadas e reforçadas. São diversas as origens de vieses e ética digital ainda não é tímida no combate de incorporações de discriminação.

## Referências bibliográficas

ANGWIN, Julia. LARSON, Jeff. MATTU, Surya. KIRCHNER, Lauren. MACHINE BIAS. **There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks.** ProPublica, 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 20 out. 2019.

ANGWIN, Julia. LARSON, Jeff. TERRIS, Terry. **How Machines Learn to be Racist.** Disponível em: <https://www.propublica.org/article/breaking-the-black-box-how-machines-learn-to-be-racist?word=Trump>. Acesso em: jun. 2019.

ARKOUDAS, Konstantine; BRINGSJORD, Selmer. Philosophical foundations. In FRANKISH, Keith (edit.); RAMSEY, William. **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence.** Cambridge University Press: Cambridge, 2014, pp. 34-59.

BIROLI, Flavia. MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política: Uma introdução.** São Paulo. Boitempo: 2014.

BOLUKBASI, Told. et al. **Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings.** 30th Conference on Neural Information Processing Systems. Barcelona, Spain, 2016.

BUSINESS INSIDER. **I tried the software that uses AI to scan job applicants for companies like Goldman Sachs and Unilever before meeting them — and it's not as creepy as it sound.** 29/08/2019. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/hirevue-ai-powered-job-interview-platform-2017->. Acesso em: 3 nov. 2019.

BUOLAMWINI, Joy. GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. *In: Proceedings of Machine Learning Research*. 2018.

OFCOM; CAMBRIDGE CONSULTANTS. Use of AI in online content moderation. Cambridge Consultants, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Eil8i2>. Acesso em: fev. 2020.

COX, Michael, ELLSWORTH, David. **Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization.** Phoenix, 1997. Disponível em: <https://www.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>. Acesso em: nov. 2019.

DASTIN, Jeffrey. **Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women.** Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>. Acesso em: 3 jun. 2019.

DESAI, Deven. KROLL, Joshua. *Trust but verify: a guide to algorithms and the law.* *In: Harvard Journal of Law and Technology*. Vol, 31, n 1. Harvard Univerty, 2017.

DORLIN, Elsa. **Do uso epistemológico e político das categorias “sexo” e “raça” nos estudos de gênero.** *Periódicus*, Salvador, n. 5, v. 1, 2016, pp. 254-271.

FAST COMPANY. **This Bot judges how much you smile during your job: Predictive AI applications like HireVue screen job candidates on around 25,000 data points, breaking down their words, voice, and facial expressions.** 15/01/2019 disponível em: <https://www.fastcompany.com/90284772/this-bot-judges-how-much-you-smile-during-your-job-interview>. Acesso em: 10 nov. 2019.

FEAST, Josh. 4 ways to address Gender Bias in AI. *In: Harvard Business Review*, 2019. Disponível em: <https://hbr.org/2019/11/4-ways-to-address-gender-bias-in-ai>. Acesso em: 20 nov. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **151 pessoas são presas por reconhecimento facial no país; 90% são negras. Sem dados, pesquisadores fizeram levantamento em cinco estados brasileiros. 22/11/2019.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/11/151-pessoas-sao-presas-por-reconhecimento-facial-no-pais-90-sao-negras.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2019.

FRANKISH, Keith; RAMSEY, William. Introduction. *In*: FRANKISH, Keith (edit.); RAMSEY, William. **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. Cambridge University Press: Cambridge, 2014, p. 1-14.

FRANKLIN, Stan. History, motivations, and core themes. *In*: FRANKISH, Keith (edit.); RAMSEY, William. **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. Cambridge University Press: Cambridge, 2014, pp. 15-33.

FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in Computer Systems. **ACM Transactions on Information Systems**, v. 14, n. 3, 1996, p. 330-347.

FROEHNER, Bruna e SPAGNUOLO, Sérgio. Mulheres avançam em ritmo lento ao topo do mundo corporativo. **Gênero e Número**, 2017. Disponível em: <http://www.generonumero.media/mulheres-avancam-comando-mundo-corporativo>. Acesso em: 15 nov. 2019.

GÊNERO E NÚMERO. Salário e Gênero: Qual a diferença salarial? Homens ganham salários maiores em 82% das carreiras em 2016. **Gênero e Número**, 2017. Disponível em: <http://www.generonumero.media/interativos/salario-genero/index.html>. Acesso em: 25 nov. 2019.

HAO, Karen; STRAY, Jonathan. Can You Make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game. The US criminal legal system uses predictive algorithms to try to make judicial process less biased. But there's a deeper problem. *In*: **MIT Technology Review**. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3hQiJKI>. Acesso em: 20 out. 2019.

HENTON, Caroline. Where is Female Synthetic Speech? *In*: **Journal of the International Phonetic Association**. Cambridge University Press, 1999. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/44526232?read-now=1&seq=2#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/44526232?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents). Acesso em: 16 dez. 2020.

HIREVUE. **Unilever's Recruiting Process**. Disponível em: <https://www.hirevue.com/resources/unilevers-recruiting-process>. Acesso em: nov. 2019.

HIREVUE. **2 ways to take video interviewing to the next level**. 2019. Disponível em: <https://www.hirevue.com/wp-content/uploads/2019/04/2-Ways-to-Take-Video-Interviewing-to-the-Next-Level-HireVue-eBook.pdf>. Acesso em: nov. 2019.

HIREVUE. **Unilever Success Story**. 2017. Disponível em: <https://www.hirevue.com/wp-content/uploads/2019/02/Unilever-Success-Story-PDF.pdf>. Acesso em: nov. 2019.

HUFF, Charles; COOPER, Joel. Sex Bias in Educational Software: the effect of designers' stereotype on the software they design. *In: Journal of Applied Social Psychology*, 1987, p. 519-532.

GLOBO. **Algoritmos reproduzem machismo e racismo por se basearem em práticas discriminatórias humanas**. Novembro, 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/algoritmos-reproduzem-machismo-racismo-por-se-basearem-em-praticas-discriminatorias-dos-humanos-24085081>. Acesso em: 17 nov. 2019.

IBGE. **Estatística de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. *In: Estudos e Pesquisa — Informação Demográfica e Socioeconômica*, edição 38. IBGE, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: nov. 2019.

LANGE, Lynda, et al. **Feminist Interpretations of Jean-Jacques Rousseau**. The Pennsylvania State University Press, 2002.

LARSEN, Loren. **Reducing Bias and Widening the candidate pool**: why built HireVue assessments. HIREVUE, 2018. Disponível em: <https://www.hirevue.com/blog/reducing-bias-and-widening-the-candidate-pool-why-we-built-hirevue-assessments>. Acesso em: 25 nov. 2019.

LARSEN, Loren. **Train, validate, re-train: how we build HireVue assessments models**. HIREVUE, 2018. Disponível em: <https://www.hirevue.com/blog/train-validate-re-train-how-we-build-hirevue-assessments-models>. Acesso em: 25 nov. 2019.

LEAN IN; MCKINSEY & COMPANY. **Women in the workplace**, 2019. Disponível em: <https://womenintheworkplace.com/>. Acesso em: nov. 2019.

MACKINNON, Catherine A. **Sexual Harassment of Working Women**. Yale University Press, 1979, pp 1-25.

MATOS, Helena Ferreira. O viés em Machine Learning: Perspectivas Regulatórias. *In: Horizonte Presente: tecnologia e sociedade em debate*. Belo Horizonte: Letramento, 2019, p. 569.

NOBLE, Safiya. **Algorithms of oppression**: How search engines reinforce racism. New York, NY, US: New York University Press, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data increases Inequality and Threatens Democracy**. Nova York: Crown, 2018.

OXFAM BRASIL, DATAFOLHA. **Nós e as desigualdades**: Percepções Sobre Desigualdades no Brasil. 2019. Disponível em: <https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019>. Acesso em: nov. 2019.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society**: The Secret Algorithms that control Money and Information. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

PRETALAB. #QuemCodaoBR. **PretaLab**, 2017. Disponível em: <https://www.pretalab.com/dados>. Acesso em: 7 jul. 2020.

PWC UK. **Women in tech: time to close the gender gap report**. Pwc, 2017. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/women-in-technology/women-in-tech-report.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

SOSNICK, Michael. **Exploring Fairness and Bias in Algorithms and Word Embedding**. School of Engineering and Applied Science, University of Pennsylvania, dec/2017.

THE DAILY TELEGRAPH. **AI used for first time in job interviews in UK to find best applicants**. 27/09/2019. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/27/ai-facial-recognition-used-first-time-job-interviews-uk-find/>. Acesso em: 5 out. 2019.

UOL NOTÍCIAS. **Mulheres digitais**: Porque todas as assistentes virtuais têm vozes femininas?. Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/assistentes-de-voz-x-feminismo.htm#tematico-1>. Acesso em: out. 2019.

WANG, Yilun. KOSINSKI, Michal. **Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial 10 images**. American Psychological Association, 2017.

WILKS, Yorick. Language and Communication. FRANKISH, Keith (edit.); RAMSEY, William. **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. Cambridge University Press: Cambridge, 2014, p. 213.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Gender Report**. 2018. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf). Acesso em: 10 nov. 2019.

WORLD ECONOMICS FORUM. Global Gender Gap Report 2020. **World Economics Forum**, 2020. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf). Acesso em: 7 jul. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York, Profile Books, 2019, chapter 1.

# **EDUCAÇÃO E FEDERALISMO NO BRASIL: REGIMES DE COLABORAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS**

BERNARDO PADULA SCHWAITZER

## **Resumo**

A promoção de serviços públicos educacionais orientados de qualidade é um dos desafios colocados pela ordem constitucional de 1988, e uma das estratégias estabelecidas para esse fim é a construção de um regime de colaboração entre os entes da federação. No entanto, a despeito de algumas iniciativas, não foi constituído o regime de colaboração de caráter sistêmico, e, tampouco, a qualidade da educação pública é uma realidade nacional. Esse artigo analisará experiências de políticas públicas que melhoraram a qualidade dos serviços públicos educacionais através do estabelecimento de estratégias de cooperação, com foco no caso do Ceará e da ADE-Chapada.

## **Palavras-chave**

Regime de Colaboração em Educação. Federalismo Cooperativo. Políticas Públicas Educacionais.

## **Abstract**

The promotion of public education with quality as its guiding principle is one of the challenges posed by the Brazilian Constitution of 1988. One of the strategies it established with this aim is the creation of a collaboration regime among the federal entities. However, despite some initiatives, a systemic collaboration regime has not been built, nor is quality in public education become a reality in Brazil. This article will analyze the experiences of public policies that, in the absence of a national collaboration regime, have enhanced the quality of public education by establishing strategies of cooperation, with an emphasis on the cases of Ceará and ADE-Chapada.

## **Keywords**

Collaboration regime in education. Cooperative federalismo. Educational public policies.



## 1. Introdução

O pacto constitucional estabelecido em 1988 impôs à sociedade brasileira uma série de desafios relacionados à promoção da liberdade, da democracia, ao combate das desigualdades e da pobreza. Nesse último campo, a Constituição elencou uma generosa gama de direitos sociais, muitos de caráter prestacional, que devem ser operacionalizados através de serviços públicos universais, de qualidade, eficientes e, em geral, gratuitos. Este artigo visa a analisar, num corte temporal dos últimos 30 anos (1988-2018), os principais avanços, desafios e mecanismos de promoção de um desses direitos/serviços públicos: a Educação.

Para isso, será dividido em três seções. A primeira discutirá, em termos gerais, a dinâmica do federalismo e das relações intergovernamentais, dado que essas duas características norteiam a promoção de diversas políticas públicas no Brasil. Esse desenho, em alguns casos, impõe legalmente a necessidade de colaboração entre os entes federativos, como no caso da educação.

Na segunda seção, serão expostos os principais elementos do desenho institucional da CRFB/88 para a educação, bem como apresentadas as principais alterações nas últimas décadas. Defenderei que é possível enxergar uma certa continuidade nas políticas educacionais, marcadas especialmente pela promoção de avaliações externas de desempenho, pelo aprofundamento da universalização por via da municipalização e pela maior eficiência nos padrões de financiamento, graças à instituição do FUNDEF/FUNDEB.

Na terceira seção, serão discutidos os padrões de um elemento que, embora tenha ocupado o debate público das políticas educacionais dos últimos 30 anos, não se concretizou: o estabelecimento de um regime de colaboração. O principal argumento dessa seção é que esse regime de colaboração é um elemento fundamental para promoção de uma educação pautada em valores de qualidade e equidade, como estabelecido pelo texto constitucional. Para defendê-lo, discutirei o cenário geral das relações de colaboração em matéria educacional no Brasil e apresentarei dois casos de regimes de colaboração e seus resultados: o estabelecido entre o governo do Ceará e seus 184 municípios e o caso do Arranjo de Desenvolvimento Educacional Chapada Diamantina (ADE-Chapada).

Em diversas oportunidades, duros diagnósticos são feitos sobre a educação brasileira. Segundo o relatório *Education at Glance*, da OCDE (2018), dentre os países analisados, o Brasil é o que apresenta a menor taxa de frequência escolar para indivíduos acima dos 14 anos: entre 15-19 anos, 69% estão matriculados em algum nível escolar; e entre 20-24%, apenas 29% seguem matriculados. Quase metade da população entre 24-64 anos não completou sequer o ensino médio. Os crescentes gastos em educação, que atingiram 5.5% do PIB

em 2015, ainda não atingiram o mesmo patamar de outros países analisados pela instituição. No ensino básico, o gasto chega a U\$D 3.800/ano, enquanto a média da OCDE atinge quase o dobro desse valor. Portanto, é seguro dizer que a educação no Brasil é um dos grandes problemas a serem resolvidos pela sociedade. Assim, se torna necessário discutir alternativas jurídicas que contribuam para a promoção de maior qualidade na educação.

Este trabalho se filia a uma perspectiva de visualizar no Direito um mecanismo para atingir desenvolvimento social, especificamente através da melhoria da qualidade da educação básica pública. Assim, assumirá a perspectiva do Direito enquanto “caixa de ferramentas” (RIBEIRO, 2016), um instrumento para resolução de problemas práticos do cotidiano. Nesse sentido, discutirá quais instrumentos têm sido mais eficazes no sentido de garantir uma educação pública de qualidade no Brasil.

Foram feitas, deliberadamente, duas exclusões temáticas. Não discutirei aspectos relativos ao ensino privado, em todas as suas modalidades, nem aspectos do ensino superior. Entendo que os dois pontos exigem uma abordagem de distintos aspectos e desafios, visto terem peculiaridades regulatórias muito próprias. Além disso, sua provisão não se relaciona diretamente com o debate sobre federalismo e colaboração, que guiará a discussão aqui apresentada.

## **2. Federalismo, relações intergovernamentais e políticas públicas no Brasil**

A análise das diferentes formas de organização dos Estados é fator que se encontra na agenda desta linha de estudos. Uma dessas formas é o federalismo, classicamente definido como um sistema em que diferentes governos regulam um mesmo território (RIKER, 1987). Essa técnica de organização estatal costuma ser comum em países que apresentam grande diversidade política, econômica e social (AGRANOFF, 1999).

Essa diversidade, geralmente, torna o federalismo um sistema que tenta organizar a desigualdade entre os entes da forma que melhor promova a equidade entre eles, respeitados pressupostos fundamentais de igualdade. Existe uma enorme diversidade de sistemas federalistas (GREER, 2006; STURN, 2006), cada um ensejando diferentes desenhos institucionais que promovam a relação entre os entes subnacionais e o ente central. Não há, portanto, um “tipo ideal” de federalismo que se aplique a todos os países.

Algumas análises (GREER, 2007; WATTS, 1998) identificam a “patologia do federalismo”, caracterizada pelo fato de que a autonomia conferida aos entes subnacionais, em um contexto de grande diversidade social, econômica, religiosa, cultural e geográfica pode, ao fim, aprofundar desigualdades. Assim,

seria necessária a construção de mecanismos de equalização de certas diferenças, especialmente no âmbito social e econômico, através de políticas públicas que visassem a reduzir efeitos das desigualdades.

No bojo dessas formas de organização, é comum que sistemas federalistas possuam mecanismos de interdependência, constituindo um *self-rule plus shared rule* (ELAZAR, 1987). Essa concepção de federalismo cooperativo é particularmente importante para compreender sistemas como o brasileiro, onde a execução de políticas públicas em diversas esferas exige marcos regulatórios que definam atribuições e responsabilidades dos diferentes entes e mecanismos de cooperação e coordenação que efetivem as políticas de forma equitativa e eficiente.

A atuação de governos federais é fundamental para garantir a equalização entre autonomia, diversidade e equidade. Enquanto isso, os entes subnacionais, que em última instância promovem efetivamente parte expressiva das políticas públicas, utilizam tais mecanismos para propor demandas e redesenhar as próprias políticas públicas. Ainda, os desenhos de implementação de políticas em estados federativos devem levar em consideração a existência dessas múltiplas camadas (*multi-layering*) e níveis (*multi-level*) em articulação (HILL; HUPE, 2003). A existência de múltiplas camadas pressupõe diferentes instâncias governamentais com competência/legitimidade para execução de uma determinada política, sem que exista uma relação de hierarquia entre elas. Nesse caso, a implementação de uma determinada política deve ser feita com algum grau de coordenação entre os entes, o que exige uma negociação política entre eles, bem como estratégias para promoção de adesão. Além disso, na prática, a execução de uma política compreende muitas vezes a associação de múltiplos níveis com múltiplas camadas, tornando-se mais complexa. Sendo uma federação com três tipos de entes (União, estados e municípios), esse é o caso do Brasil, com diversos mecanismos de interação intergovernamental.

Esses mecanismos de cooperação e coordenação representam um modelo de autoridade de sobreposição (AGRANOFF; RADIN, 2014; BURKE, 2014), que enseja atuação conjunta do ente federal e dos subnacionais de forma interdependente. Essas relações vão compreender não apenas o âmbito vertical, entre entes federais-subnacionais, como também as relações horizontais, entre entes subnacionais (WATTS, 1998). No caso, a atuação dos entes segue um padrão que pode ser expresso pela figura abaixo:

**Figura 1 — Modelo de autoridade de sobreposição**

*Fonte: Agranoff e Radin (2014).*

Portanto, existem zonas de interseção de autoridade entre os entes e, por isso, devem ser construídos mecanismos “capazes de articular a ação das esferas intergovernamentais, propiciando um ambiente de negociação/colaboração” (ABRUCIO, 2012). O desenho do sistema educacional de 1988, que será apresentado na seção 2, permite situar a educação nos quatro espaços de interseção da figura, tornando sua gestão extremamente complexa e fazendo necessário o estabelecimento de cooperação.

Existem algumas dificuldades práticas para a promoção da cooperação. Na ausência de incentivos claros para cooperação, o sistema federalista pode significar um jogo de competição, como é o caso da já histórica “Guerra Fiscal” envolvendo incentivos de ICMS no Brasil. Além disso, no âmbito analítico da teoria da ação coletiva (OLSON, 1999), pressupostos de escolha racional dificultam a tomada de soluções conjuntas entre administradores e políticos dos diversos entes. Já análises baseadas em premissas da Teoria dos Jogos apontam para dificuldade de estabelecimento de cooperação entre os diferentes players de forma a maximizar os *payoffs* para ambos. Assim, a cooperação deveria ser estimulada através de instituições, enquanto “regras do jogo” (NORTH, 2018), que a favoreçam. Um exemplo de desenho não cooperativo, que ensejava competição entre os entes, é a configuração inicial do FUNDEF, que será apresentado na seção 2.4.

No Brasil, o desenho jurídico-político estabelecido pelo art. 18 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi de um federalismo tríplice, com plena autonomia para União, Estados e Municípios. Ela, além disso, estabeleceu uma série de competências comuns na condução de políticas públicas e concorrentes na produção legislativa, listados nos art. 23 e 24, respectivamente, enquanto o art. 23, parágrafo único, dispõe acerca da elaboração de leis complementares para regular normas de cooperação entre os entes federativos.

Numa análise setorial, foi no âmbito da saúde que se desenvolveu o mais notável caso de colaboração entre entes federativos para oferta de serviço público. Seu desenho institucional se dá através do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pelas leis 8080/90 e 8142/90, regulamentando a Seção II do Capítulo II do Título VIII da CRFB/88. Ele é “constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e pelas fundações mantidas pelo poder público” (FRUTUOSO, 2010). Ele, a despeito das dificuldades, sobretudo pela dificuldade de atendimento às crescentes demandas da sociedade num contexto de dificuldades de financiamento, possui uma complexa estrutura institucional pró-cooperativa.

Sua operacionalização se institucionalizou através dos Comitês Intergestores Tripartites (CIT) e Bipartites (CIB), integrados por representantes do governo federal, estadual e municipal, sendo que a representação dos dois últimos se dá através dos Conselhos de secretários estaduais e municipais. Além disso, a complexa rede do SUS é prestada diretamente pelos três entes, que também possuem responsabilidades conjuntas de financiamento definidas pela CRFB/88. Todas essas exigências legais estimularam uma relação de cooperação sólida, materializada numa tradição bem estabelecida de formação de consórcios públicos para promoção de serviços públicos no campo da saúde (NEVES; RIBEIRO, 2006; RIBEIRO; COSTA, 2000).

A experiência do SUS estimulou o debate sobre a construção de um Sistema Único de Assistência Social (SUAS), cujos principais marcos normativos são a Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8742/93) e a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que também levaram à formação de comitês interfederativos para articular os entes na condução das políticas, com resultados de implementação bastante variados a depender do contexto municipal (BICHIR; BRETTAS; CANATO, 2019). Além disso, existe a experiência de diversos consórcios intermunicipais e interestaduais no país, para buscar soluções comuns e atuação conjunta em problemas como desenvolvimento social e tratamento de esgoto.<sup>1</sup>

1 Detalhes sobre a diversidade de consórcios intermunicipais podem ser acessados em <http://www.consorcios.cnm.org.br/>.

### 3. A Constituição de 1988 e as políticas educacionais dos últimos 30 anos

#### 3.1. A estrutura educacional de 1988

A Constituição de 1988 categorizou a educação como um direito público subjetivo, atribuindo ao Estado deveres prestacionais (art. 208 da CRFB/88). No âmbito da divisão de competências, o texto constitucional imputou a estados e municípios a responsabilidade sobre a educação básica, ficando o primeiro responsável pelo ensino médio e fundamental, e o segundo pelo fundamental e infantil (antes da primeira LDB, chamado de pré-escolar). Dessa forma, o fundamental (único segmento obrigatório até a EC 59/2009) ficou sob responsabilidade de dois entes federativos. A União, além de manter sua rede própria e manter o ensino superior, deve prestar assistência técnica e financeira aos entes subnacionais.

Para garantir o custeio desse novo sistema educacional, o art. 212 fixou patamares mínimos de investimento por parte dos entes. Para a União, o patamar é de 18% das receitas provenientes de impostos e, para os entes subnacionais, 25%. Ainda há previsão de recursos oriundos da contribuição social do salário-educação, prevista no art. 212, § 5º da CRFB/88, de alíquota de 2,5% do valor pago à título de remuneração por instituições públicas ou privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social. Essa contribuição se destina aos entes federativos, para a manutenção de suas redes de ensino, e para o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), vinculado ao MEC, que financia uma série de políticas educacionais em todos os níveis.

Três emendas constitucionais trouxeram relevantes mudanças para o desenho da política pública educacional: a EC 14/96, a EC 53/06 e a EC 59/09. O quadro abaixo sintetiza as principais mudanças:

**Tabela 1 — Alterações no desenho da estrutura educacional**

Marco Legal	Principais Mudanças
EC 14/96	Criação do FUNDEF / Progressiva universalização do ensino médio / função redistributiva e supletiva da União na cooperação com outros entes / Salário-educação como fonte de financiamento para o ensino fundamental
EC 53/06	Piso salarial nacional do magistério / Educação infantil a partir dos 5 anos / Regulação das cotas estaduais e municipais do salário-educação
EC 59/09	Criação do FUNDEB / Definição da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos / Obrigação de elaboração de planos decenais de educação / Distribuição de recursos para universalização obedecendo à padrões de qualidade e equidade

Fonte: elaboração do autor.

A CRFB/88 ainda estabeleceu, no art. 211, *caput*, a noção de regime de colaboração entre os entes federativos, reforçando a competência comum prevista no art. 23, V, e a competência legislativa concorrente do art. 24, IX. O art. 23, parágrafo único, prevê a criação de lei complementar para fixar o regime de cooperação entre os entes. Veremos na seção 3 que essa cooperação (ou colaboração) nunca foi estabelecida na prática, embora existam diversas formas de cooperação entre os entes em âmbito de política educacional.

### 3.2. Os desafios da municipalização

Embora a adoção de um federalismo tríplice, envolvendo União, Estados e Municípios, seja uma inovação do desenho institucional de 1988, os municípios sempre possuíram elevada autonomia na estrutura jurídico-burocrática brasileira (SOUZA, 2005). Em muitos casos, isso favoreceu a criação de relações políticas de base clientelística e de pouca presença de ações estatais institucionalizadas, como demonstrado na clássica interpretação de Leal (2012).

A estrutura estabelecida pela Carta de 1988, ao reconhecer no município um ente federativo autônomo, também conferiu uma série de competências e responsabilidades na prestação de serviços públicos, como já apontado no caso da educação no segmento de ensino fundamental e infantil. No entanto, os recursos destinados diretamente a eles, em geral, não fazem frente a tais responsabilidades, tornando-os dependentes de transferências (às vezes obrigatórias) de outros entes federativos. Pinto (2014) demonstra que 89% dos Municípios brasileiros, com população de até 50 mil pessoas, possuem 58,7% de suas receitas decorrentes de transferências federais (FPM + SUS/FUNDEB/FNDE).

Paralelamente, a municipalização do ensino é notável nas últimas três décadas. Historicamente, desenvolveu-se no país uma duplicidade de redes na educação, com a União assumindo o ensino superior e os outros entes os demais segmentos (CURY, 2007). Na prática, as redes mais desenvolvidas se concentravam em estados mais ricos da federação, onde os governos estaduais assumiam a tarefa de oferta de serviços públicos educacionais. Nos mais pobres, essa incumbência ficava para os municípios. Por isso, em 1988, o constituinte estabeleceu a divisão de competências entre estados e municípios no ensino fundamental, dada a heterogeneidade na quantidade de matrículas de cada ente a depender do estado da federação (ABRUCIO, 2010). O quadro abaixo demonstra esse cenário:

**Tabela 2 — Participação (%) municipal no total de matrículas no ensino fundamental**

UF	1935	1943	1954	1964	1974	1983	1995	2000	2005	2013	2018
AC	39	53	15	4	11	16	30	34	36	38	37
AL	12	20	50	44	47	48	55	67	71	73	72
AM	0	4	8	3	23	30	30	44	54	57	61
AP	-	-	-	-	34	10	13	18	24	33	37
BA	0	7	33	47	50	49	46	61	74	75	75
CE	0	22	48	41	54	50	47	66	77	76	77
ES	4	14	11	8	11	15	22	39	57	66	66
GO	32	32	9	17	30	30	30	37	46	54	53
MA	25	50	59	50	57	62	59	70	70	85	86
MG	27	36	35	19	22	21	23	42	42	44	45
MS	-	-	-	-	-	27	35	43	43	56	55
MT	8	9	11	13	35	25	29	44	44	47	46
PA	0	0	14	18	24	32	36	68	68	76	78
PB	0	0	28	44	52	55	42	55	55	58	61
PE	34	33	52	32	39	40	42	54	54	60	64
PI	1	13	29	37	37	40	49	60	60	76	78
PR	3	9	13	27	39	34	43	46	46	47	46
RJ	16	9	26	21	11	38	48	54	54	59	61
RN	0	10	13	26	38	39	39	48	48	57	58
RO	-	-	-	-	2	96	32	41	41	46	44
RR	-	-	-	-	-	-	3	8	8	42	49
RS	38	34	52	34	35	33	35	40	40	48	50
SC	21	33	26	15	16	20	26	39	39	53	53
SE	9	17	26	30	36	38	40	48	48	56	55
SP	8	7	8	6	8	10	10	26	26	41	43
TO	-	-	-	-	-	0	32	37	37	45	55

Fonte: Pinto (2014) / Sinopse Estatística da Educação Básica (2019).



Como se percebe, a municipalização avançou em todo país, mas em ritmos distintos em cada estado, tendo como catalisadora a criação do FUNDEF, que permitiu maior aporte de recursos, e da LDB, que organizou a divisão de competências e deu mais autonomia para os entes subnacionais, em 1996.

Essa descentralização na oferta de serviços educacionais visou a resolver ineficiências nos gastos públicos, enquanto possibilitava à população uma fiscalização mais próxima dos gestores e demais agentes educacionais e favorecia a diversidade e o surgimento de inovações locais capazes de fazer frente aos desafios educacionais do país (FILHO; FERNANDES, 2019; HANUSHEK, 2003). Ela trouxe, no entanto, uma grande dificuldade em relação à promoção da equidade, visto que os entes federativos, especialmente os municípios mais pobres, possuem diferentes capacidades institucionais e orçamentárias para ofertar serviços educacionais (PINTO, 2014). Em alguns casos, essa “descentralização que vem do centro”, isto é, estimulada pelo governo federal, impôs sérios desafios para atendimento de todas as responsabilidades devidas pelos poderes municipais (VIEIRA, 2011).

A municipalização tem um claro impacto nos resultados educacionais. Andrews e Vries (2013), usando dados das avaliações externas, atestam uma queda de desempenho para concluintes do 4º e 8º anos do ensino fundamental entre 1997 e 2001, ano no qual o desempenho volta a se recuperar. Para eles, a municipalização ampliou o acesso à educação, especialmente em municípios mais pobres, onde, pela primeira vez, gerações de pessoas passaram a frequentar a escola. Nesses casos, as condições socioeconômicas familiares tendem a afetar negativamente o desempenho, confirmando um padrão identificado por diversos estudos no campo da sociologia da educação desde o Relatório Coleman (1966).

Um caso de exceção notável é o Ceará, que, no início da série temporal, não possuía matrículas na rede municipal para nível fundamental e em 2018 atingiu o patamar de 77%. Veremos na seção 4 que isso foi decorrente de um projeto bem-desenhado, que via na municipalização uma estratégia para melhorar a qualidade e o atendimento do ensino público. Assim, apesar de ter sofrido uma queda no desempenho educacional a partir da universalização do acesso nos anos 1990 (tal como outros estados), ele foi capaz de acelerar de forma intensa a melhora de resultados educacionais, se diferenciando do resto do país no que tange à qualidade da educação.

### **3.3. Avaliações externas e accountability na educação**

No geral, os anos 1980 e 1990 foram profundamente influenciados por novos conceitos que passaram a nortear a compreensão da administração pública. As novas formas de organização estatal deveriam contemplar a construção de

capacidades estatais capazes de executar políticas de forma eficiente, estabelecendo mecanismos de cobrança, avaliação e responsabilização da burocracia estatal. Nessa última dimensão, cresceu o interesse pelo conceito de *accountability*, que possui ampla utilização na ciência política enquanto categoria para compreensão das relações entre estados e seus cidadãos.

Esse conceito guarda estreita conexão com uma noção mais ampla de democracia, na medida que é associado à necessidade de agentes públicos “prestarem contas” de seus atos. Abrucio e Loureiro (2005) categorizam três formas de *accountability*: o processo eleitoral, com suas regras procedimentais específicas (sistema de votação, financiamento de campanha, etc.) e condições de efetivação (direito ao sufrágio amplo, imprensa livre, etc.); controles institucionais durante o mandato (fiscalização administrativa de contas, controle judicial, CPI), fortalecidos em ambientes institucionais sólidos, que privilegiam o debate e a transparência; e regras estatais intertemporais, possibilitadas pela existência de direitos e regras de organização inegociáveis — em diversos países, consideradas cláusulas pétreas — segurança jurídica, limitação do poder de agentes públicos etc.

Utilizações mais tradicionais do conceito de *accountability* a relacionam com agentes públicos eleitos. No entanto, cada vez mais a relação dos indivíduos com os estados contemporâneos é mediada não por agentes políticos, mas por agentes públicos responsáveis pela provisão de serviços e execução de políticas de forma cada vez mais sofisticada. Assim, a visão weberiana do burocrata/agente público enquanto um fiel reproduzidor de normas e estatutos elaborados por agentes políticos se mostra insuficiente (LOTTA, 2019). Os novos agentes públicos atuam também como *policymakers*, demarcando tempos de “burocratização da política” (ABRUCIO; LOUREIRO, 2004. p. 16).

Por isso, os instrumentos e condicionantes tradicionais de garantia de *accountability*, pensados para agentes políticos, cujo mandado depende da validação periódica de eleitores, se mostra insuficiente face às demandas sociais e arranjos estatais contemporâneos. Nesse sentido, emergiram sistemas que estabeleciam métricas de avaliação para a administração pública, que pudessem ser comunicadas para a sociedade civil, indicassem a necessidade de reformas e aperfeiçoamento e permitissem o controle dos diversos níveis da administração. O estado gerencial (CLARKE; NEWMAN, 1997) simbolizou essa nova forma, pós-burocrática, de organização, tendo suas premissas orientado reformas em diversos países, impulsionadas pela atuação de organismos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial.

A experiência brasileira se alinhou a essa tendência. Marcadamente durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), uma série de reformas jurídico-institucionais transformaram profundamente os mecanismos de

recrutamento, alocação, cobrança e fiscalização de agentes públicos. À frente desse processo, esteve o Ministro de Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira. O foco estava em reduzir as funções diretamente prestadas pelo estado às atividades principais (*core functions*), sendo apenas essas exclusivas dos entes estatais e de sua burocracia. Serviços sociais e científicos, a produção de bens e serviços e todas as atividades auxiliares seriam prestadas por Organizações Não Governamentais, consideradas entidades públicas não-estatais, e por empresas privadas ou privatizadas (BRESSER-PEREIRA, 1997, p. 28).

A nova organização administrativa ensejou a criação de novas formas de controle da própria burocracia, superando os controles hierárquicos tradicionais. Os controles gerenciais, com métricas claras elaboradas através de avaliações periódicas de agentes públicos e serviços, se popularizaram, geralmente traduzidos em índices que poderiam ser facilmente comunicáveis aos políticos, gestores e população. Burocratas que atingissem os *standards* poderiam ser premiados. Os de fraco desempenho, ao contrário, poderiam ser identificados, designados para atividades de aprimoramento ou até mesmo punidos. A educação seguiu, em parte, esse caminho: os anos 1990 e 2000 viram surgir, no Brasil e no mundo, mecanismos de avaliação de resultados educacionais.

Embora exista desde 1991, o SAEB foi ampliado em 1995, de forma a servir como instrumento de *accountability* para os governos. Assim, passou a ser aplicado de forma amostral nos 27 estados da federação, além de incluir questionários sobre aspectos socioculturais dos alunos. No mesmo sentido, foi criado o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em 1998, e o país participou da primeira edição do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), da OCDE, em 2000.

Essas iniciativas estimularam avaliações externas estaduais, de caráter censitário, como o Sistema de Avaliação da Educação Pública (SIMAVE) em Minas Gerais, e o Sistema Permanente de Avaliação da Educação Básica (SPAECE), no Ceará. Alguns anos depois, o governo federal criaria a Prova Brasil, ampliando a importância das avaliações externas de larga escala como mecanismo de diagnóstico e responsabilização.

Bonamino e Souza (2012) veem no movimento dos anos 1990 uma “primeira geração de avaliações educacionais”. A segunda geração viria com a introdução da Prova Brasil, em 2005. Ela é aplicada a cada dois anos, e atualmente abrange todos os municípios do Brasil, sendo aplicada de forma censitária. Assim, ela permite uma análise em série histórica do desempenho de unidades escolares, municípios e estados.

A partir de 2007, a Prova Brasil passa a ser um componente do Indicador de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), que atualmente é o mais importante indicador de qualidade da educação em escala nacional. Ele agrega a

nota da Prova Brasil aos indicadores de fluxo escolar extraído do Censo Escolar, de forma a captar o efeito da reprovação. Facilmente comunicável, o IDEB é hoje um importante instrumento de regulação da educação pública, pois permite comparar diferentes entes federativos, bem como estabelecer metas e estratégias de ação para melhoria de resultados. Permite, ainda, estabelecer uma dinâmica de *accountability high stakes* (Brooke, 2006), ou de responsabilização forte, em relação aos resultados educacionais, dado sua aplicação ocorrer em quase toda rede pública.

### **3.4. FUNDEF, FUNDEB e a busca por eficiência nos gastos com educação**

O financiamento da educação foi alvo de rígida regulação constitucional. Foi feita uma vinculação orçamentária que obrigou os entes federativos a gastar percentual mínimo de suas receitas em educação. No caso da União, esse patamar é de 18%. Para estados, municípios e distrito federal, ele atinge 25%, conforme o art. 212 da Constituição de 1988. Se, por um lado, essa vinculação garantia um investimento mínimo em educação, por outro, ela não resolvia o problema das disparidades regionais e locais. Afinal, entre os estados da federação, há e havia muita diferença na arrecadação e, portanto, no que deveria ser dispendido em educação. No caso dos municípios, responsáveis por grande parte da oferta, especialmente em regiões mais pobres, essa disparidade era ainda mais aguda. Assim, se via comprometida a possibilidade de garantia de equidade na educação pública pela desigualdade na capacidade de investimento.

A solução apresentada pelo governo se deu através da EC 14/96, que criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). Esse foi um fundo contábil que teve duração de 10 anos, considerado por Arretche uma “minirreforma tributária de âmbito estadual” (2004, p. 24). Na prática, consistiu na criação de fundos estaduais, que receberiam, de forma vinculada, 15% dos recursos do ICMS, do Fundo de Participação de Estados (FPE) e Municípios (FPM) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Ainda, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9424/96, os recursos seriam distribuídos conforme o número de matrículas na rede pública de cada ente federativo. Conforme o art. 6º da mesma lei, a União estabeleceria um valor mínimo nacional por aluno a ser gasto e, se fosse o caso, complementar, com recursos próprios, os fundos estaduais que não arrecadassem suficiente para fazer frente a esse valor. Esse valor mínimo possuía um piso legal, nos termos do art. 6º, § 1º da Lei nº 9424/96: nunca deveria ser inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas.

O piso mínimo associado à complementação da União era um elemento fundamental do FUNDEF, exatamente por corrigir disparidades regionais que

prejudicavam a oferta de serviços educacionais em caráter mínimo de equidade. Entretanto, como afirma Vázquez (2005), o Executivo federal fixou, entre 1998 e 2003, valores mínimos abaixo da média nacional, de forma a reduzir a complementação por ele devida. A União chegou a enfrentar ações ajuizadas por estados e municípios, que pleiteavam o pagamento de dívidas decorrentes do descumprimento do FUNDEF (GEMAUQUE, 2004).

Mesmo assim, os resultados do FUNDEF podem ser considerados expressivos. Ele foi importante para induzir a municipalização do ensino fundamental, garantindo recursos aos municípios com menos condições orçamentárias (CRUZ, 2010). Além disso, no segmento fundamental, houve uma universalização do acesso à educação, com a taxa de escolarização de pessoas entre 7 e 14 anos, saltando de 88,6%, em 1993, para 96,94%, em 2002, segundo dados do PNAD/IBGE.

Em 2007, o FUNDEF foi renovado e ampliado, passando a se chamar Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e Valorização do Magistério (FUNDEB). No novo desenho, os recursos de estados e municípios destinados ao fundo subiram de 15% para 20% (além de incluir 20% do valor do IPVA, ITCMD e ITR), e a União passou a complementar os fundos em 10%. Nos estados onde o fundo não atingisse o patamar nacional mínimo, a União faria ainda a complementação.

Como se percebe, houve uma ampliação substancial dos recursos vinculados ao fundo, que se destinam ao gasto com educação, graças ao aumento do percentual a ser repassado, da quantidade de impostos vinculados e do próprio papel suplementar da União. Entretanto, o FUNDEB passou a contabilizar as matrículas em todos os segmentos da educação básica, de forma que o aumento do financiamento não significou exatamente uma expansão do gasto por aluno. De toda maneira, ele permitiu, em alguns estados, a ampliação da municipalização, dado que não havia mais motivos para estados e municípios “competirem” pelas matrículas dos anos finais do ensino fundamental. Além disso, os estados puderam direcionar mais recursos para investimentos em suas redes estaduais de ensino médio, mais pressionadas pelo aumento da demanda decorrente da virtual universalização do acesso nos anos 1990.

O FUNDEB não resolveu todos os problemas que dizem respeito ao financiamento da educação. Permanecem demandas acerca da necessidade do aumento da complementação da União, de forma a garantir maior equalização de recursos em regiões mais pobres, onde a arrecadação do fundo é significativamente menor (NAÉRCIO FILHO; FERNANDES, 2019). Ainda, há demandas dos “perdedores do FUNDEB”, os entes federativos que recebem do fundo menos recursos do que contribuem (ESTEVEZ, 2007). Como identifica Breamaker (2010), os maiores impactados, ou que possuem a maior diferença negativa entre o que contribuem e o que recebem, são os municípios menores e mais pobres.

## 4. Educação e colaboração no Brasil

### 4.1. Os planos para educação e o caminho (frustrado) para o Sistema Nacional de Educação

A visão sistêmica da educação brasileira não é exatamente uma novidade. O *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova* (1932), um dos documentos mais relevantes do pensamento educacional brasileiro, já trouxe a noção de Sistema Nacional de Educação como elemento fundamental para a oferta de educação de qualidade a todos, através de uma “visão global” (Azevedo *et al*, 1984. p. 188), articulando os diferentes níveis de ensino (fundamental, superior etc.) e as diferentes frentes de ação para garantir ao ensino a qualidade necessária (formação de professores, financiamento etc.).

A preocupação com essa visão global se fez presente em diversos momentos após o lançamento do Manifesto, sem, no entanto, se consolidar como marco regulatório, em certa medida por um temor de entes subnacionais acerca de uma excessiva centralização de competências nas mãos da União (CURY, 2014). No entanto, o contexto político dos anos 1990 resgatou esse debate, colocando-o na ordem do dia das discussões de política educacional, pautado na exigência do art. 214 da CRFB/88.

Nos “tempos de transição” do MEC (VIEIRA, 1998), foi firmado o Compromisso Nacional de Educação Para Todos, em 1993. Elaborado no bojo de compromissos internacionais assumidos por diversos países, no sentido de melhorar a qualidade de sua educação, ele estimulou o debate sobre a elaboração de Planos Decenais de Educação próprios dos entes federativos. Cury (2007) enxerga em políticas subsequentes, tais como o FUNDEF/FUNDEB e o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), uma recuperação de valores e objetivos desse compromisso. No entanto, Hingel (2018) afirma que o Plano foi abandonado pela gestão posterior do MEC, a despeito do intenso debate social que colaborou com sua elaboração.

Apenas com a Lei nº 10172/01, foi elaborado o Plano Nacional de Educação (PNE), para vigorar entre 2001-2010, após quase 4 anos de debates parlamentares. O plano teve alguns vetos presidenciais, incluindo a um dispositivo que previa ampliação dos gastos em educação para 7% do PIB. Os demais entes deveriam elaborar planos próprios, sintonizados com o nacional. No entanto, até 2005, apenas 3 estados e 1/3 dos municípios o tinham feito, demonstrando pouca articulação (CUNHA; PINA; JESUS, 2016).

Esse cenário e a permanência de problemas educacionais, agora mais evidentes em decorrência dos resultados da Prova Brasil, levou a uma nova tentativa de articulação que se expressou no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) e no seu “carro-chefe” (SAVIANI, 2007), o Plano de Metas Compromisso

Todos pela Educação (PMCTE), instituído pelo decreto 6094/07. O fato de que essas iniciativas ganharam, rapidamente, adesão de todos os municípios, estados e o distrito federal, demonstra uma grande articulação do MEC com outros entes federativos (e, talvez, um menor engajamento em conseguir a mesma aceitação em relação ao outro Plano já elaborado na gestão anterior).<sup>2</sup> O próprio PDE, aliás, fazia referência à construção de um SNE como um de seus horizontes (BRASIL, 2007b).

Em termos gerais, o PMCTE, além da fixação de compromissos gerais para os aderentes, estabeleceu o IDEB como instrumento de aferição de qualidade de educação e atendimento aos compromissos dispostos. Para atender a isso, houve previsão de assistência técnica e financeira da União, que seria disposta conforme um Plano de Ações Articuladas (PAR), elaborado pelos entes federativos. O PAR acabou se tornando o principal instrumental de colaboração entre União e os outros entes, e será analisado na subseção 4.2.

Em 2011, no bojo de um debate sobre a elaboração do novo PNE e com a experiência de crescente protagonismo do MEC com o PDE, foi criada a Secretaria de Articulação de Sistemas de Ensino (SASE). Sua função era institucionalizar as relações de cooperação entre os entes, de forma a pavimentar o caminho para construção de um SNE. A SASE, na falta de consenso sobre o que seria o SNE, atuou de forma institucional para estimular o debate sobre colaboração<sup>3</sup> e propagar novos mecanismos e experiências exitosas, como o regime de colaboração do Ceará e os Arranjos de Desenvolvimento da Educação (ARAÚJO, 2018). No entanto, foi extinta em 2019 sem consolidar essa atuação.

O PNE aprovado em 2014 (Lei nº 13005/14), com vigência entre 2014-2024, deu mais um passo em direção à “visão global” de educação através de um regime de colaboração. Além de demandar dos entes subnacionais a elaboração de seus próprios planos, constituiu no art. 6º o Fórum Nacional de Educação, para monitorar o cumprimento das metas. No art. 7º, prevê o fortalecimento dos regimes de colaboração, com menção específica às ADEs. Finalmente, no art. 13, dá prazo de dois anos para a elaboração de lei específica que regulamentaria o regime de colaboração através da constituição de um SNE.

O PNE ainda instituiu, na meta 20, o conceito de Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e Custo Aluno-Qualidade inicial (CAQi). O primeiro é um número cal-

---

2 Fernando Haddad, em entrevista, afirmou que “Fizemos, então, um movimento que era: o que seria o nosso Plano Nacional de Educação? O que faríamos se apresentássemos um Plano Nacional de Educação? Tanto que ele é de 2007, com metas até 2021 — ele pegava o plano que seria aprovado no final da década. Fizemos um plano de 15 anos que dialogava com o PNE vetado, parcialmente, pelo Fernando Henrique, mas que já apontava para a década seguinte.” (GÓIS, 2018)

3 Como exemplo de material, disponível em: [http://pne.mec.gov.br/images/pdf/sase\\_mec.pdf](http://pne.mec.gov.br/images/pdf/sase_mec.pdf). Acesso em: 10 nov. 2019.

culado a partir dos insumos necessários para o aprendizado, e deveria ser um piso mínimo de gasto por aluno, que seria continuamente reajustado pelo MEC. Caso o ente não tivesse capacidade orçamentária própria para fazer frente ao CAQ, haveria complementação da União. O CAQi seria um custo mínimo estabelecido, sendo progressivamente reajustado até se atingir o valor do CAQ. Esse mecanismo seria capaz de aprofundar os efeitos redistributivos das verbas da União nos gastos educacionais, garantindo, além da qualidade da educação, uma maior equidade.

Na sequência, foi proposto o PLP 413/14, que previa, dentre outros elementos, a institucionalização de fóruns permanentes de negociação federativa, além de mecanismos para vocalizar a participação da sociedade civil. A ele, foi apensado o PLP 448/17. Atualmente, o projeto se encontra arquivado. Além dessa iniciativa, em fevereiro deste ano, foi proposto o PLP 25/19, com previsões semelhantes quanto aos fóruns e comissões de negociação federativa, e proposição de organização de polos regionais sob a forma de consórcios públicos e ADEs. No âmbito do Senado, foi proposto, em outubro, o PLC 235/19, que deliberadamente não faz referência à criação ou institucionalização de fóruns ou comissões interfederativas.

A mais substancial proposta de SNE oriunda do Poder Executivo foi o documento conhecido como “Pátria Educadora”. Elaborado pela Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) e levando o nome do *slogan* de governo da presidente Rousseff (2011-16), o documento recebeu intensas críticas na comunidade acadêmica do campo educacional (ANPAE, 2015; LOCKMANN; MACHADO, 2018) e em órgãos de representação de classe (CNTE, 2015). Essas críticas se concentraram mais em um documento prévio, que discutia um quadro geral para o cenário educacional brasileiro, com algumas propostas apresentadas de forma geral. Para os críticos, ia em direção contrária às discussões travadas no âmbito da Conferência Nacional de Educação (CONAE) em 2010 e 2014. Além disso, o fato de o documento ter sido originado pela SAE e não pelo MEC aumentou a sua rejeição. No fim, acabou se tornando um lema para críticas ao governo, como afirmou em entrevista o ex-ministro do período Renato Janine Ribeiro (GÓIS, 2018).

Como proposta de SNE, incorporou e deu nova roupagem institucional a elementos que já ocupavam os debates públicos em educação, como o estabelecimento do CAQ, a necessidade de fortalecer a política de avaliação, o estímulo à colaboração, políticas claras de investimentos e distribuição de recursos e a criação de instâncias interfederativas de diálogo (BRASIL, 2015). Muito pouco dessas propostas foram efetivamente debatidas e o projeto não prosperou.

Posteriormente, a agenda de constituição do SNE parece ter se perdido, atropelada pela crise política que culminou no *impeachment* de 2016, e por



uma nova agenda do MEC que concentrou esforços na elaboração definitiva da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e na aprovação de uma reforma do ensino médio (Lei nº 13.415/16). Essa incorporou uma série de debates travados durante a tramitação do Projeto de Lei nº 6840/2013, que discutia a mesma matéria, mas teve grande resistência entre os agentes educacionais, em grande parte por ter sido encaminhada ao Congresso Nacional sob a forma de Medida Provisória (MARQUES; NOGUEIRA, 2018; MOTTA; FRIGOTTO, 2017). No presente momento, não parece haver movimentação em torno da retomada da discussão de regulamentação do regime de colaboração, exceto pela atuação de organizações da sociedade civil como o Movimento Colabora e os projetos de lei já citados.

#### 4.2. A atuação da União

Na seção 2, discutimos uma série de reformas institucionais dos últimos 30 anos ligadas à política educacional no âmbito da União. Todas elas, de certa forma, redimensionam a atuação desse ente, bem como exigem algum grau de cooperação com os entes subnacionais em matéria educacional. Por exemplo, a política de financiamento do FUNDEF/FUNDEB trouxe conjuntamente uma necessidade de constituição de conselhos de fiscalização e de prestação de contas envolvendo todos os entes. Já as políticas de responsabilização associadas às avaliações externas (SAEB, Prova Brasil, Censo Escolar, IDEB) colocaram a União em um papel de fiscalização e regulação de padrões de qualidade da educação em escala nacional, através do INEP. Já a municipalização, como vimos, trouxe uma série de desafios aos entes locais associada às suas capacidades institucionais e financeiras na oferta de serviços públicos educacionais.

O papel da União se faz necessário sob o prisma de um ente de coordenação, mas também de prestação de assistência técnica e transferência de recursos para os entes subnacionais. Abrucio (2005) defende que durante o governo FHC houve uma ampliação do papel de coordenação e complementação técnico-financeira da União, especialmente para a execução de uma série de políticas públicas. Essa atuação se fez sentir durante os governos subsequentes, inclusive no campo educacional.

O principal mecanismo de atuação financeira da União é o FNDE, que possui papel ativo na condução de políticas em todos os níveis educacionais. Atualmente, os principais programas voltados para o ensino básico são: o *Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)*, cujas origens remontam aos anos 1950 e que tem caráter supletivo para alimentação dos estudantes; o *Programa Nacional do Livro Didático (PNLD)*, que dispendeu mais de 1 bilhão de reais em 2019 para compra de livros em unidades escolares dos entes subnacionais; o *Caminhos da Escola*, que busca combater a evasão através da

compra de ônibus para transporte escolar; o *ProInfância*, para construção de creches e aquisição de mobiliário; o *Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec)*, para estimular o ensino técnico através da oferta direta de cursos ou de bolsas de estudo em instituições particulares; e o *Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE)*, pelo qual o FNDE envia diretamente para unidades escolares recursos que podem ser alocados em melhorias de infraestrutura ou em projetos pedagógicos, dispendendo em 2019 mais de 500 milhões de reais.

Assim, são diversos os programas federais que direcionam recursos e assistência para outros entes. Se por um lado, eles garantem a indução de políticas próprias e permitem a melhoria da qualidade dos serviços públicos educacionais, especialmente nos municípios com menores capacidades institucionais, por outro lado se cria um padrão assimétrico de cooperação, que pode beneficiar determinados entes federados em detrimento de outros. Afinal, até mesmo a adesão aos mecanismos de cooperação da União depende de um certo grau de conhecimento técnico e capacidade de prestação de contas, nem sempre tão simples de ser atingido. Não é como o FUNDEB, por exemplo, que promove repasses automáticos conforme um critério de caráter objetivo, a quantidade de matrículas.

Por isso, dentro do PDE, foi criado o PAR, principal mecanismo regulatório da União para promover políticas educacionais de forma a melhorar a qualidade. As diretrizes do programa são estabelecidas pelo MEC, e ocorre uma adesão voluntária dos municípios, que estabelece quais ações serão tomadas para atingir as metas e diretrizes estipuladas pela União. A execução das diretrizes é fiscalizada pelo MEC, e o IDEB é o critério que serve para definir as prioridades de alocação. No caso, municípios com índice mais baixo são priorizados.

O PAR (atualmente regulado pela Lei nº 12.685/12) representou um incremento na cooperação entre os entes subnacionais e a União, na medida que instituiu marcos regulatórios claros, metas, diretrizes e mecanismos de monitoramento para a adesão aos programas de transferência voluntária. Estudos associam a adesão ao PAR a melhorias no IDEB e à melhoria de organização do corpo burocrático dos órgãos responsáveis pela educação em âmbito municipal (FONSECA; ALBUQUERQUE, 2012; FERREIRA, 2015). As principais delas estão atreladas às dificuldades técnicas e orçamentárias dos municípios em cumprir as diretrizes nacionais, o que indica que, em alguns casos, é necessário aumentar o papel redistributivo da União.

Atrelado a esse movimento de maior cooperação entre União e entes subnacionais, foi estabelecido em 2013 o Pacto Nacional pela Alfabetização na Idade Certa (PNAIC), regulamentado pela lei nº 12801/13. Inspirado na exitosa experiência do Ceará, o objetivo do PNAIC é acabar com o analfabetismo em

crianças até oito anos, através de programas de formação continuada para professores alfabetizadores, através de bolsas financiadas pelo FNDE. Ele exigiu da União esforço para garantir adesão dos entes federativos, alcançada em relação a todos os estados da federação, distrito federal e 5520 municípios (CUNHA *et al*, 2016).

A principal dificuldade em analisar os impactos do PNAIC é que, até 2013, não havia avaliação externa no ciclo de alfabetização que garantisse *accountability*. A Avaliação Nacional de Alfabetização (ANA) foi criada exatamente no contexto do PNAIC, inicialmente de forma amostral, tendo sua primeira edição universal em 2016. Nesse ano, cerca de 2.500.000 de estudantes prestaram o exame, e cerca de 55% se classificaram nos dois primeiros níveis de proficiência, de uma escala de quatro, em leitura (INEP, 2018). No entanto, o resultado não pode ser interpretado como um fracasso do PNAIC, dado que a política é nova e ainda se encontrava em estágio de adaptações.

#### **4.3. Colaboração estadual e o regime de colaboração do Ceará**

O protagonismo da União nos mecanismos de colaboração federativa é evidente, parte pelo próprio desenho institucional estabelecido em 1988, parte pelas assimetrias nas capacidades institucionais e financeiras dela em relação aos outros entes. No entanto, isso não significa que o papel dos governos estaduais não seja significativo no debate educacional ou no estabelecimento de estratégias de cooperação.

Em que pese a inexistência de arenas de negociação institucionalizadas para articulação de entes subnacionais, algumas associações civis servem como mecanismo para promoção de ações mais coordenadas. As duas principais são o Conselho de Secretários Estaduais de Educação (CONSED) e a União dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME). Enquanto a segunda possui atuação mais ou menos ativa dependendo do Estado, o CONSED vem assumindo um protagonismo em escala nacional. Sano (2008) demonstra que o CONSED passou por um processo de fortalecimento institucional nos anos 1990, o que permitiu uma maior influência na elaboração de políticas públicas educacionais. Importantes reformas recentes, como a do ensino médio, tiveram essa organização como ator central nas discussões.

Há uma literatura ainda incipiente sobre as formas de colaboração entre estados e municípios no Brasil. Em um dos poucos estudos sobre o tema, Abrucio e Segatto (2018) analisaram os mecanismos de relacionamento entre entes estaduais e municipais em quatro Estados brasileiros: Ceará, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Pará. Os autores concluem que não há padrão observável, havendo casos de um regime de colaboração mais institucionalizado (Ceará), passando por algumas ações conjuntas levadas a cabo por órgão da secretaria




especificamente voltado para estabelecimento de colaboração (Mato Grosso do Sul), pela existência de ações conjuntas que exigem algum grau de coordenação menos institucionalizada (São Paulo) até casos em que não há nenhum padrão de colaboração (Pará). Para os autores, o caso cearense é o único que pode ser propriamente considerado um regime de colaboração, e será analisado mais detalhadamente à diante.

Portanto, na ausência de regras claras que estimulem a cooperação, há uma grande variedade de formas de relacionamento entre estados e municípios. Mas, nesse cenário de políticas educacionais, formas de colaboração e realidades sociais heterogêneas, existem diferenças significativas de desempenho entre os Estados, tomando como referência os dados do IDEB? A tabela abaixo consolida dados de desempenho do último decênio, mostrando uma grande disparidade de resultados educacionais:

**Tabela 3 — Evolução do IDEB nos anos iniciais do ensino fundamental por Estado (2007-2017)**

Estado	2017	2015	2013	2011	2009	2007
Acre	5,13	4,86	4,62	4,15	3,75	3,12
Alagoas	4,79	4,18	3,59	3,33	3,29	2,91
Amapá	3,99	3,88	3,46	3,79	3,41	3,04
Amazonas	4,60	4,42	4,14	4,02	3,78	3,16
Bahia	4,61	4,36	3,91	3,91	3,50	3,09
Ceará	6,15	5,88	5,14	4,77	4,03	3,41
Espírito Santo	5,91	5,57	5,36	5,10	4,95	4,42
Goiás	5,92	5,64	5,65	5,15	4,72	4,20
Maranhão	4,44	4,26	3,65	3,73	3,52	3,34
Mato Grosso	5,67	5,50	5,10	4,80	4,68	4,12
Mato Grosso do Sul	5,39	5,16	4,90	4,68	4,21	3,83
Minas Gerais	6,27	6,08	5,94	5,76	5,37	4,43
Pará	4,25	4,11	3,65	3,79	3,36	2,84
Paraíba	4,64	4,42	4,13	3,91	3,56	3,22
Paraná	6,11	5,88	5,57	5,27	5,13	4,70
Pernambuco	4,77	4,68	4,17	3,90	3,57	3,16
Piauí	4,63	4,24	3,79	3,82	3,44	3,10

Estado	2017	2015	2013	2011	2009	2007
Rio de Janeiro	5,36	5,14	4,97	4,75	4,45	4,19
Rio Grande do Norte	4,43	4,29	3,88	3,71	3,37	3,10
Rio Grande do Sul	5,99	5,84	5,72	5,31	5,00	4,66
Rondônia	5,73	5,42	5,25	4,62	4,26	3,78
Roraima	4,54	4,37	4,17	3,95	3,75	3,49
Santa Catarina	6,26	6,15	5,85	5,67	5,05	4,70
São Paulo	6,54	6,26	5,78	5,62	5,54	4,96
Sergipe	4,14	4,01	3,71	3,51	3,30	3,04
Tocantins	4,92	4,61	4,64	4,41	4,09	3,77

	IDEB $\geq 6$
	IDEB $< 6$ e $\geq 5$
	IDEB $< 5$ e $\geq 4$

Fonte: INEP (2018).

A tabela acima nos fornece mais alguns dados importantes. Primeiro, em 2007, 14 estados se encontravam abaixo de 3,6, a meta nacional do IDEB. Em 2017, ainda temos 14 estados abaixo da meta nacional de 5,2 no IDEB, mas com uma mudança: o Ceará trocou de lugar com o Tocantins no grupo de entes acima da meta. Segundo, houve uma melhora no IDEB em todos os estados, embora em ritmos variados. Terceiro, o caso do Ceará, um estado que obteve melhoras substanciais no IDEB na última década. Por esse motivo, buscaremos detalhar o desenho da política pública educacional cearense, especialmente na perspectiva do estabelecimento do regime de colaboração que representa um caso único na federação brasileira.

A trajetória de colaboração entre estado e municípios no Ceará possui raízes profundas na cultura política e institucional, existindo uma tradição de provisão de serviços públicos sob uma lógica municipalista com apoio técnico e financeiro do governo estadual. Tandler (1998) identifica esse padrão de atuação, por exemplo, no campo da saúde com a figura dos agentes locais, e em estratégias de promoção da agricultura familiar em regiões pobres. Em comum, a existência de estratégias de colaboração que permitiram a melhoria nas condições de produção e prestação de serviços.

Especificamente no campo educacional, existe um histórico de municipalização induzido pelo governo estadual. Vieira (2010) traça um histórico dos

marcos legais da política educacional cearense, enfatizando que a rede municipal sempre teve maior participação na oferta do ensino fundamental do que a média nacional. No mesmo sentido, houve políticas voltadas para indução da municipalização, como o Pró-Município (1977). Essa tendência está presente no art. 232 da Constituição estadual de 1989, que orienta para a municipalização do ensino fundamental. Ainda, com o decreto nº 20.620/90, se instituiu o Programa de Municipalização do Ensino Público do Estado do Ceará. Portanto, o estado adotou uma estratégia consciente de divisão de competências em serviços educacionais, de forma a deixar para os municípios a maior responsabilidade sobre o ensino fundamental. A Tabela 2 deixa clara essa diferença no perfil da oferta de matrículas do Ceará em comparação com outros estados.

Vieira (2010) demarca três momentos da construção do regime de colaboração em matéria educacional do Ceará. A instituição (1995-2002) teve como marco a Lei nº 12.452/95, que dispõe sobre a municipalização. Essa é estimulada através de convênios entre a Secretaria de Educação do Ceará (SEDUC/CE) e municípios que queiram assumir os anos iniciais do fundamental. Além disso, situa-se no marco do FUNDEF, que estimulou a municipalização em escala nacional. O governo estadual ainda ofereceu uma complementação, denominada “fundefinho”, bem como houve a realização de Concurso Público Unificado nos municípios conveniados para o primeiro segmento do fundamental, em um contexto de adoção de políticas de valorização do magistério (NASPOLINI, 2001).

O segundo momento é da organização (2003-2006). O governo estadual promoveu grupos de trabalho para regulamentar o regime de colaboração, com apoio de organizações como a UNDIME/CE. Foi prevista a estruturação de apoio técnico aos municípios, e estipulada a adesão ao SPAECE como mecanismo de *accountability*. Paralelamente, instalou-se na Assembleia Legislativa do Ceará (ALECE) o Comitê Cearense pela Eliminação do Analfabetismo Escolar (CCEAE). Os trabalhos do Comitê contaram com parcerias importantes, como da UNDIME/CE, SEDUC, INEP e da UNICEF. Posteriormente, foram integrados aos trabalhos instituições universitárias, organizações de classe de profissionais da educação e financiadores da sociedade civil. Dessa forma, pode-se considerar que os trabalhos do CCEAE pautaram a educação enquanto prioridade no legislativo estadual, contando com ampla participação de segmentos variados da sociedade.

A iniciativa estadual se inspirou em uma iniciativa municipal. A cidade de Sobral, a quinta maior do estado, com cerca de 200 mil habitantes<sup>4</sup>, aplicou uma avaliação externa com apoio da Universidade Federal do Ceará (UFC) e

---

4 Projecção do IBGE para o ano de 2018.

diagnosticou que cerca de metade das crianças não sabia ler ao fim do 2º ano do fundamental. A partir disso, durante a gestão Cid Gomes (2001-2004), o município implementa uma série de políticas voltadas para promoção de resultados, tendo como prioridade a alfabetização (Maia, 2006). Após três anos, a mesma avaliação diagnosticou que mais de 95% das crianças no 1º ano do fundamental eram consideradas leitoras. No IDEB para os anos iniciais de 2005, primeiro da série histórica, Sobral atinge 4 pontos, enquanto a média nacional fica em 3,6.<sup>5</sup> Durante esse período, Ivo Gomes era o secretário de educação municipal, saindo do cargo para se tornar deputado estadual em 2003. Essa experiência foi fundamental, tendo ele ocupado lugar de destaque nos trabalhos do CCEAE. Ele atua como um *policy entrepreneur* (KINGDON, 2013) na definição da agenda da política educacional cearense.

Os resultados do trabalho do CCEAE foram consolidados no documento *Educação de qualidade começando pelo começo: relatório final do Comitê Cearense para a Eliminação do Analfabetismo Escolar* (2006). Demonstravam uma baixa proficiência dos estudantes, carência de estrutura física e de recursos humanos nas escolas e uma grande desigualdade de resultados entre as redes públicas e privada. A partir desse diagnóstico e da experiência prévia de Sobral, foi proposto o Pacto pela Alfabetização na Idade Certa (PAIC), dando início à terceira fase, de fortalecimento do regime de colaboração. Instituído pela Lei nº 14.026/07, o PAIC:

É uma política de cooperação entre estado e municípios promovida pelo governo do Ceará em parceria com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e instituições da sociedade civil, com apoio do governo federal, cujo objetivo é alfabetizar todos os alunos das redes públicas de ensino do estado até os 7 anos de idade. Com essa finalidade, o Paic apoia os municípios na formulação e implementação de políticas voltadas à garantia do direito de aprendizagem com prioridade à alfabetização. (CEARÁ, 2012).

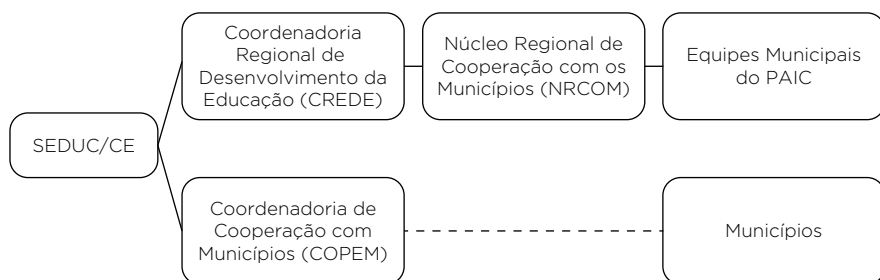
Houve uma implementação-piloto, entre 2005 e 2006, em que 56 municípios participaram de duas avaliações externas censitárias. Em 2007, com o início da gestão Cid Gomes no governo estadual, a política foi estendida aos 184 municípios cearenses. Ela foi dividida em cinco eixos: gestão municipal (focada em resultados), avaliação externa, alfabetização, formação do leitor e educa-

---

5 Na última edição, em 2017, o município atingiu 9,1 enquanto a média nacional se encontra em 5,5.

ção infantil. O desenho institucional para implementação dessa política se deu conforme organograma abaixo:

**Figura 2 — Estrutura institucional de implementação do PAIC**



*Fonte: elaboração do autor.*

A COPEM é um órgão específico da SEDUC voltado para políticas públicas desenvolvidas em cooperação com os municípios, como o PAIC e outros programas de cooperação estaduais e federais. Isso facilita o acesso a políticas, especialmente federais, que muitas vezes possuem exigências de difícil atendimento para prefeituras de menor capacidade institucional. Essa articulação ainda solidifica a relação entre governo estadual e governos municipais.

A atuação da SEDUC se divide ainda em 20 CREDEs. Particularmente para implementação do PAIC, cada uma possui um NRCOM, com equipe específica. Essa equipe atua assessorando as equipes municipais do PAIC, que por sua vez, atua conjuntamente com secretarias e com as equipes de gestão de escola e professores. É utilizado um material padronizado para os professores, elaborado em parceria com as universidades.

Essa estrutura institucional garante que a implementação da política seja feita de forma mais homogênea, privilegiando a equidade. Ribeiro *et al* (2017) defendem que o PAIC ajudou no aumento da proficiência de crianças, particularmente de escolas com maioria de crianças pobres. O PAIC privilegia a lógica de que não existem estudantes dos municípios, pobres ou ricos, mas sim do estado do Ceará, a despeito de aqueles prestarem diretamente o serviço. Além disso, essa estrutura conseguiu se blindar de mudanças políticas nas prefeituras, de forma que o PAIC se perpetuou para além de 3 ciclos eleitorais. Com isso, e com os resultados do IDEB, consagram a política como uma das mais bem-sucedidas políticas públicas educacionais do Brasil.<sup>6</sup>

6 Atualmente, o PAIC foi ampliado através da Lei nº 15.921/15 para o 9º ano, sob a denominação de Programa de Aprendizagem na Idade Certa (+PAIC).



Embora o PAIC seja referido quase como sinônimo do regime de colaboração do Ceará, esse possui outros três elementos fundamentais no seu desenho, que se articulam ao PAIC e a ele dão sustentação: a política de distribuição da cota-parte do ICMS referente aos municípios, a aplicação anual da avaliação externa SPAECE e o Prêmio Escola Nota Dez (PENDez).

A divisão da cota-parte do ICMS é o incentivo financeiro do regime de colaboração do Ceará. Do total do ICMS, 75% é destinado ao Tesouro Estadual. Os outros 25% são destinados aos municípios, sendo que 75% desse valor (ou 18,75% do total do ICMS) é distribuído conforme o Valor Fiscal Adicionado (VAF), ou seja, no município onde ocorre o fato gerador do tributo. Os outros 25% (ou 6,25% do total do ICMS) são distribuídos discricionariamente conforme disposto em legislação estadual.

No Ceará, a Lei nº. 12612/96, com alteração da Lei nº 14023/07, regula a divisão da cota-parte discricionária do ICMS. No art. 1º, II, define-se que 18% desse valor deve ser distribuído conforme o Índice Municipal de Qualidade Educacional, aferido pelos resultados das avaliações externas de estudantes do 2º e 5º ano. Outros 5% são distribuídos conforme indicadores de mortalidade infantil, e 2% de acordo com o Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente. Assim, se adota uma distribuição de recursos pautada por resultados, de forma a melhorar os mecanismos de *accountability* educacional dos governos municipais.

Franca (2014) e Nogueira (2012) apontam, com metodologias diferentes, que a adoção desses critérios tornou a distribuição do ICMS mais equitativa, permitindo que recursos chegassem a municípios menores. Já Carneiro e Irfffi (2017) concluem que a política levou a um incremento da proficiência de estudantes do 5º ano das redes municipais do Ceará em cerca de 4% em português e matemática.

O SPAECE é uma das mais antigas políticas de avaliação externa do país, remontando à primeira geração de avaliações, tendo sua primeira edição em 1992. O SPAECE é aplicado em todas as séries do ensino médio e no 9º, 5º e 2º ano do ensino fundamental (o último, sob a designação de SPAECE-alfa). Em que pese sua longevidade, após o PAIC ele assumiu lugar de protagonismo no diagnóstico, implementação e monitoramento de políticas públicas educacionais, levando a SEDUC a criar uma Coordenadoria de Avaliação e Acompanhamento da Educação (COAVE).

Os resultados individuais nessa prova são agregados, de forma que apenas as escolas, e não os alunos, possuem uma nota. A partir da nota no SPAECE, há um ajuste levando em consideração o percentual de alunos que efetivamente prestaram o exame, para evitar que os de menor desempenho sejam desestimulados a fazer a prova. Daí se origina o Índice de Qualidade Municipal da Educação (IQME), referência para distribuição da cota-parte do ICMS.

É notável que as políticas públicas educacionais atreladas ao regime de colaboração cearense tenham como referência o IQME, e não o IDEB. Portanto, se poderia esperar que, sendo os dois índices oriundos de exames diferentes, o desempenho em um, não necessariamente refletisse a melhoria de desempenho em outro. Entretanto, como demonstrado na tabela 3, houve evolução no IDEB, mecanismo de *accountability* federal. Nele, que permite uma comparação com outros estados, o Ceará desponta com a 4ª maior média nacional, com 6,15 em 2017, sendo que apenas cinco estados atingiram índice maior que 6 na última onda de avaliação. Isso é mais um indício de que o desenho do regime de colaboração tem contribuído para a melhoria da qualidade da educação no estado.

O PENDez é um mecanismo com dupla função. Ele serve para premiar as 150 escolas de melhor resultado no Índice de Desenvolvimento da Educação-Alfabetização<sup>7</sup> (IDE-Alfa), para o 2º ano do ensino fundamental, e no IDE, para o 5º e 9º ano do ensino fundamental, e para oferecer auxílio financeiro para as 150 piores escolas nos mesmos índices. Assim, ele visa a contemplar desempenho, valorizando a meritocracia, e resgatar quem se encontra em situação de dificuldade, promovendo equidade. Ele é criado pela Lei nº 14371/09, inicialmente para a alfabetização, e depois ampliado para o 5º ano pela Lei nº 15052/11. Atualmente, o PENDez é regulado pela Lei nº 15923/15, que ampliou o prêmio para o 9º ano, e pelo decreto 32079/16.

Pela lei mais recente, as 150 melhores escolas precisam ter, pelo menos, 20 alunos matriculados na série avaliada, dos quais 90% tenham prestado o exame, e atingir nota no SPAECE entre 8,5 e 10, para o 2º ano, e entre 7,5 e 10, para o 5º e 9º. A lei não contempla mais a modalidade de escola apoiada nas turmas de alfabetização, em parte pela relativa homogeneidade de bons desempenhos nesse segmento no Ceará.

As escolas premiadas recebem um prêmio no valor de 2.000 reais por cada aluno matriculado na série avaliada, enquanto as escolas com piores resultados, chamadas de escolas apoiadas, recebem um auxílio de 1.000 reais por aluno na série avaliada. Uma escola premiada e uma escola apoiada precisam constituir um par, em que a premiada presta uma assessoria técnico-pedagógica à apoiada no período de até dois anos. Do valor da premiação, 25% só é disponibilizado após o cumprimento desse requisito, e caso a escola apoiada também melhore seu desempenho.

É exatamente essa assessoria técnico-pedagógica que compõe um dos elementos mais interessantes do PENDez, na medida que obriga as escolas premiadas a resgatarem as apoiadas numa relação de cooperação. Nesse pro-

---

7 Formado a partir das notas no SPAECE e por fatores de ajuste descritos no decreto 32079/16.

cesso, eles necessariamente precisariam refletir sobre quais mecanismos e práticas utilizaram para atingir bons resultados, de forma que esses possam ser replicados por outras unidades escolares.

O art. 5º do decreto detalha a *accountability* dessa assessoria técnico-pedagógica. Para escolas premiadas, é necessário manter ou melhorar os resultados no SPAECE. Para as apoiadas, é necessário melhorar, precisando obter, no mínimo, nota 5,0. Ainda, delega à respectiva CREDE a função de fiscalização da assessoria técnico-pedagógica. Não há, portanto, uma regulamentação dos termos específicos ou parâmetros das ações de cooperação, mas apenas previsão genérica de fiscalização.

Em uma análise qualitativa, Calderón *et al* (2015) avaliaram 8 pares de escolas, nos quais perceberam que as ações envolveram especialmente essa partilha de experiências e estratégias, com uma grande diversidade de ações adotadas e modelos de assessoramento. Para os autores, as maiores fragilidades da política estão na resistência que escolas apoiadas manifestam em relação às visitas e ao assessoramento.

Já Mota (2018), avaliando também as relações de assessoramento entre 8 pares de escolas, percebe uma grande diversidade nos tipos de relação de cooperação constituídas, bem como problemas práticos. Em alguns casos, a autora relata que as visitas técnicas demoram a ocorrer, ou até mesmo não acontecem. A legislação atinente ao programa não estabelece parâmetros claros ou termos nos quais a cooperação deve acontecer. Sem essa perspectiva de *accountability*, o que deveria ser um instrumento para melhoria de unidades escolares com piores resultados não se materializa. Isso demonstra uma fragilidade na estruturação dessa cooperação, pois não há efetivo compartilhamento de estratégias nem disseminação de boas práticas para melhoria da qualidade e aumento da equidade na educação.

Kolinski *et al* (2017) analisaram os impactos do PENDez nos anos de 2009 a 2011 (portanto, apenas para o 2º ano do fundamental). No que tange às escolas premiadas, o modelo adotado pelas autoras constatou impacto positivo da premiação no SPAECE-Alfa. No entanto, não foi captado efeito em relação às escolas apoiadas em termos de melhora de desempenho. O estudo ainda buscou observar efeitos da política sobre a equidade, através da variação no desvio-padrão nos resultados das escolas. Enquanto nas premiadas se observou uma diminuição do desvio-padrão, ou seja, uma redução das desigualdades de desempenho intraescolar, não se percebeu efeito estatisticamente significativo para as apoiadas.

Correa (2018) analisa os impactos da política entre 2011 e 2014 nas escolas no 5º ano do ensino fundamental. No que tange às escolas premiadas, a metodologia do autor não constatou impacto positivo do PENDez, havendo

casos em que escolas tiveram uma ligeira piora em seus resultados no SPAE-CE. Em relação à equidade, as desigualdades intraescolares aumentaram antes do recebimento do prêmio, mas caem nos anos subsequentes à premiação. Já nas apoiadas, observou-se um ganho sensível no ano posterior ao início da intervenção. Os ganhos em desempenho se reduzem nos anos posteriores. A mesma coisa ocorre no campo da equidade: as desigualdades intraescolares se reduzem após a escola ser enquadrada na política.

Assim, pode-se concluir que o PENDez possui efeitos positivos sobre a equidade, ao reduzir as desigualdades no interior das escolas, tanto em apoiadas quanto premiadas. Essa conclusão é contra intuitiva, pois uma das principais críticas às políticas de incentivo baseadas em premiação por resultados é que elas podem estimular a competição e um discurso essencialmente meritocrático, pouco preocupado com equidade. No entanto, não há evidências consistentes de que o desempenho seja significativamente afetado para melhor nas avaliações externas.

O PAIC e o PENDez são os dois mais evidentes mecanismos de colaboração da experiência cearense. Vieira e Vidal (2013) entendem o primeiro como uma estrutura de coordenação vertical, entre estado e municípios, e o segundo como uma estrutura de coordenação horizontal, entre municípios (mas, mais especificamente, entre escolas). Se o PAIC produziu impressionantes resultados na educação cearense, com elevação dos níveis de proficiência e aumento da equidade, os resultados do PENDez são mais controversos.

Acreditamos que os limites desses dois elementos para a continuidade da melhora da educação cearense se encontram em seus desenhos. O PAIC foi desenhado para ser uma política pública pouco ambígua, cuja implementação pudesse ser feita de forma mais ou menos equivalente em todo território do Ceará. Isso permitiu uma rápida evolução em indicadores educacionais nos anos iniciais, em todos os municípios. Entretanto, o mesmo desenho não foi capaz de obter resultados tão significativos ao se estender para o 5º e 9º ano do ensino fundamental.

Já o PENDez foi desenhado de forma pouco regulamentada, permitindo grande ambiguidade na sua implementação. São poucas obrigações legais que as escolas efetivamente precisam cumprir, e muitas vezes elas não são cumpridas. A “consultoria” entre as escolas, muitas vezes, não passa de uma ou outra visita que não produz qualquer aprendizado. O resultado é que o que deveria funcionar como uma política de resgate acaba não funcionando como política pública, ao final.

Duas perspectivas associadas ao desenho e avaliação de políticas públicas ajudam a entender essas limitações de ambas as políticas: o “comando-e-control” e o experimentalismo institucionalista. A primeira se identifica com o

desenho do PAIC, enquanto a segunda pode ser identificada no desenho do PENDez.

A perspectiva de “comando-e-controle” é uma das mais tradicionais do desenho de políticas públicas, e consiste no estabelecimento de *standards* a serem seguidos acompanhados de sanções em caso de descumprimento. Baldwin, Cave e Lodge (2012), analisando essa perspectiva como instrumento regulatório, apontam que ela pode se traduzir em quatro problemas: captura, a correta definição dos parâmetros, excesso de legalismo, e o *enforcement*.

O PAIC foi construído como uma política altamente regulada, com pouca margem de discricionariedade para os agentes no momento da implementação nos municípios. Existe um corpo burocrático na política ocupado em alinhá-la com os parâmetros e metodologias estabelecidos pelo governo estadual. Essa estratégia teve excelentes resultados na alfabetização e bons resultados no 5º ano do fundamental.

O mesmo não ocorre com o 9º ano, onde eles não conseguem se solidificar. Assim, isso parece indicar que os *standards* e estratégias de execução da política não são os mais eficientes para atingir os fins almejados. Em um contexto altamente regulado, marcado por muitas regras e métodos de ação estabelecidos centralmente, a mudança e correção nos rumos deve partir do governo estadual e ser efetiva para a realidade de 184 municípios. Assim, o excesso de regulação da perspectiva “comando-e-controle” pode estar impedindo uma oxigenação do sistema, com surgimento de alternativas capazes de informar estratégias eficazes para melhoria dos resultados educacionais em outros segmentos. O que, num primeiro momento, foi uma boa estratégia para turbinar a melhoria do desempenho educacional do estado, pode estar sufocando alternativas educacionais interessantes.

As premissas que parecem informar o desenho do PENDez são de outra natureza. A política estabelece uma relação de competição entre escolas, mas de forma que exista uma cooperação entre as de melhor e pior resultado. Essa cooperação é baseada na troca de experiências, em uma perspectiva de que as estratégias desenvolvidas por uma determinada unidade do sistema podem auxiliar na melhora de outra.

O experimentalismo, como proposto por John Dewey (1958), defende que políticas públicas devem ser desenhadas de forma a permitir experiências, e não tolhidas pelo excesso de regulação burocrática. Nesse sentido, o constante monitoramento da experiência prática é capaz de informar arranjos institucionais de implementação mais efetivos, que produzam melhores políticas (SABEL; SIMMON, 2011). A política pública é dinamicamente construída e implementada. Nesse processo, os burocratas de nível de rua, com discricionariedade de ação, assumem grande protagonismo.

Sabel e Simmon (2011) estabelecem quatro elementos que devem estar presentes no desenho de uma abordagem experimentalista de políticas públicas: a) *framework goals* que devem ser atingidos pela política, como a erradicação do analfabetismo infantil ou a qualidade da educação pública; b) concessão de espaço de discricionariedade para os agentes de implementação da política; c) mecanismos de monitoramento e comparação de desempenho das unidades/agentes de implementação que estão atrás das metas da política pública; d) revisão periódica dos procedimentos, aproveitando o aprendizado das experiências para melhoria contínua da política.

No PENDez, dentro do regime de colaboração do Ceará associado ao PAIC, as metas e objetivos centrais estão claros. As estratégias de colaboração podem ser feitas com grande discricionariedade, com mecanismos sólidos de *accountability* nos resultados. No entanto, existem dois problemas no desenho da política: o monitoramento do assessoramento técnico-pedagógico não é efetivo, limitando a possibilidade de que uma unidade do sistema em dificuldade aprenda com outra; e não existe uma consolidação dessas boas práticas exitosas no sentido de informar aos formuladores do PAIC estratégias de aperfeiçoamento.

#### **4.4. Colaboração municipal e a ADE Chapada.**

As estratégias de colaboração horizontais, envolvendo entes de mesma escala, são variadas na história do federalismo cooperativo brasileiro. O modelo mais longo é o dos Consórcios Intermunicipais, cuja origem remonta aos anos 1960. De grande difusão durante os anos 1990, ele pressupõe acordos entre entes que se mantêm em nível hierarquicamente igual, sendo muito comuns na área de saúde e saneamento (ABRUCIO; SANO, 2013). Com a EC 19/98, que promoveu ampla reforma na administração pública, houve alteração no art. 241, de forma a exigir a elaboração de lei que regulamente os consórcios públicos (CP) e convênios de cooperação.

A regulamentação dos consórcios públicos veio com a Lei nº 11.107/2005, que os estabeleceu como instrumentos para a gestão associada entre diferentes entes da federação para a realização de objetivos de interesse comum. Podem integrá-los tanto entes de diferentes níveis — como estados e municípios — quanto entes de um mesmo nível da federação — como diversos municípios. A criação de um CP depende da prévia subscrição de um protocolo de intenções pelos consorciados, que deve estabelecer, entre outros, a finalidade de interesse comum que ele objetiva realizar, seu prazo de duração e a sua sede. Uma vez criado, o CP constitui pessoa jurídica distinta dos entes que o integram e adquire capacidade de contratar, firmar convênios, receber contribuições e subvenções de outras entidades e órgãos (CARVALHO, 2017).

Conforme o Observatório Municipalista de Consórcios Públicos, atualmente existem 487 no Brasil, sendo que 80 possuem educação enquanto campo de atuação.<sup>8</sup> No entanto, Strelec (2017, p.109-111) identifica apenas 12 consórcios que efetivamente desenvolvem ações no campo educacional, e nenhum deles tem sua atuação voltada exclusivamente para educação. São consórcios multifinalitários ou de desenvolvimento socioeconômico, que desenvolvem algumas atividades, as vezes temporárias, envolvendo educação.

Os consórcios públicos não são o único mecanismo de arranjo associativo no Brasil. Analisando os três níveis da federação, Abrucio e Sano (2013, p.102) mapeiam ainda os seguintes instrumentos jurídicos de cooperação além dos consórcios: a) articulação societal; b) arranjos territoriais locais; c) regiões metropolitanas; d) regiões integradas de desenvolvimento; e) comitês de bacias hidrográficas; e) associações governamentais; f) arranjos produtivos locais. No agregado, totalizam mais de 6.000 experiências de associativismo.

É nesse conjunto que se inserem os Arranjos de Desenvolvimento da Educação (ADE). A ideia central é a construção de um modelo de associativismo voltado para educação que seja mais flexível e, portanto, adaptável às especificidades de cada região. Isso, num país bastante heterogêneo socialmente e com disparidades nos resultados educacionais, pode ser fundamental para permitir estratégias cooperativas.

Um modelo único de ADE não existe, mas em geral elas representam uma iniciativa de associativismo que envolve os governos municipais participantes em uma ou mais organizações da sociedade civil, caracterizando-se como uma estrutura de *multi-level governance*. Nessa estrutura, a atuação da administração pública está em conjunto com instituições, especialmente do terceiro setor. Na educação, tornou-se frequente a atuação de fundações em projetos educacionais variados, como os ADEs.

O primeiro marco normativo de regulamentação dos ADEs foi a resolução 1/2012 do CNE, exercendo competência prevista no art. 7º da Lei nº 9131/95. Posteriormente, o modelo foi incluído no art. 7º, § 7º do PNE (2014). A pouca densa normatização não é um elemento negativo das ADEs. Ao contrário, é o que abre espaço para que a estratégia seja utilizada e adaptada em cada espaço, de acordo com as necessidades específicas de desenho, objetivo e tempo de atuação. Em um país de dimensões continentais, com diversos tipos de desigualdades, modelos únicos e excessivamente rígidos podem desincentivar estratégias promissoras de colaboração. Para Strelec (2017), essa flexibilidade

---

8 O número de CPs no Brasil pode variar conforme a base de dados pesquisada, dado não haver uma fonte unificada de informações sobre a temática. Além disso, os consórcios podem ser desativados ou fundados entre os espaços de consulta, e não aparecerem nos bancos.

permite ainda a redução de custos de transação para formalização dessa estrutura cooperativa.

Segundo Abrucio (2017), são cinco as vantagens desse tipo de associação para governos locais: é mais uma alternativa institucional para privilegiar a coordenação; permite a superação de dificuldades causadas por limites nas capacidades institucionais dos municípios; permite ações conjuntas para problemas comuns, como formação de professores; oferece possibilidades de redução de desigualdades em termos de qualidade, através da disseminação de boas práticas educacionais; oferece a possibilidade de atrair outros atores da sociedade civil para a governança da política educacional. O autor ainda identifica 17 dessas experiências, sendo algumas com período delimitado de funcionamento, e já encerradas.

A experiência mais longa e bem-sucedida é a ADE-Chapada, na região da Chapada Diamantina, na Bahia. Sua origem remonta aos anos 1990, onde a mobilização de uma professora local e *policy entrepreneur*, Cybele Amado de Oliveira, conseguiu reunir o governo do estado, do município das Palmeiras e organizações do terceiro setor em um projeto voltado para formação continuada de professores, com significativa melhoria nos resultados educacionais (OLIVEIRA; MEIRELES, 2012).

Essa experiência engajou a comunidade local e transbordou para mais 11 municípios da região, formando um território colaborativo pautado na educação. As principais iniciativas foram o diagnóstico da situação da região e a constituição de espaços para trocas entre coordenadores pedagógicos. Oliveira e Meireles (2012) ressaltam que toda essa mobilização enfrentou dois períodos eleitorais (2000 e 2004) sem perder força. Ao contrário, colocou questões educacionais nas principais pautas do debate político local.

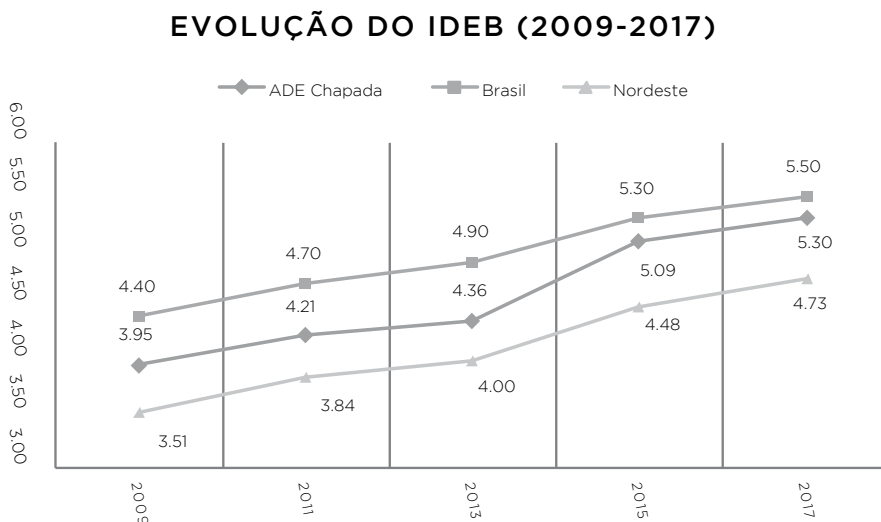
A institucionalização da iniciativa se deu através da fundação do Instituto Chapada de Educação e Pesquisa (ICEP) em 2007. A estrutura de governança é considerada uma inovação nos arranjos territoriais brasileiros por Abrucio e Sano (2013). Formalmente, é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que atua em parceria com fundações privadas com o Instituto Natura e a Fundação Itaú Social, e presta serviço para as prefeituras, que por sua vez, possuem espaço no Comitê Estratégico. Na prática, é uma estrutura associativa tendo à frente a OSCIP, sendo um exemplo de *multi-level governance*.

O ICEP mantém um diálogo constante com os secretários municipais, estabelecendo estratégias em campos como formação continuada e a produção e disseminação de material pedagógico. Os agentes educacionais têm possibilidade de participação nos processos de construção dessas metodologias, que são posteriormente implementadas nos municípios.



Nos resultados do IDEB de 2009, primeiro após a formação do ICEP, os municípios de Boa Vista do Tupim (5,8), Piatã (5,3) e Ibitiara (5,0), integrantes da ADE, atingiram os melhores resultados do estado para os anos iniciais. O gráfico abaixo representa o desempenho no IDEB dos municípios da ADE Chapada, a partir desse mesmo ano, em comparação com o resto do Brasil e o resto do Nordeste. Inicialmente, a intenção era incluir também a Bahia, mas o desempenho do estado foi muito próximo do desempenho da região nordestina, de forma que haveria uma sobreposição na representação.

**Tabela 4 — IDEB dos anos iniciais da ADE Chapada<sup>9</sup> em comparação com Brasil e Nordeste**



Fonte: *Sinopses da Educação Básica (2018)*.

O gráfico acima permite observar que não só a ADE-Chapada possui um IDEB inicial na série maior do que o resto dos municípios baianos, como mantém uma trajetória consistente de melhora, inclusive de forma mais robusta que o resto do Estado. Considerando que a região é a 13ª em desenvolvimento eco-

<sup>9</sup> Sendo um arranjo flexível, foi possível perceber na revisão bibliográfica diferentes formações territoriais da ADE Chapada, com a saída de alguns municípios e a entrada de outros. O conjunto de municípios utilizado para construção do gráfico foi extraído de Abrucio (2017), na falta de informações precisas sobre momentos de saída e entrada dos municípios. Os quinze municípios utilizados foram: Andaraí, Bonito, Boiquira, Ibitiara, Iraraquara, Itaetê, Lençóis, Marciolino Souza, Novo Horizonte, Pindobacu, Piritiba, Seabra, Souto Soares, Tapiramutá e Wágner.

nômico e a 15ª em desenvolvimento social das 15 regiões econômicas do estado da Bahia (OLIVEIRA; MEIRELES, 2012), é possível que o caso da ADE-Chapada possa ser usado como referência de associativismo capaz de produzir arranjos com bom desempenho educacional de forma duradoura.

Pode-se olhar para a construção da ADE-Chapada, outra bem-sucedida estratégia baseada na cooperação interfederativa para melhoria de resultados educacionais, através de uma perspectiva incrementalista. Lindblom (1959) a descreve como formada por comparações limitadas sucessivas. O formulador da política pública (ou, nesse caso, a *policy entrepreneur*) a desenha de forma quase concomitante à implementação, fazendo pequenas escolhas que, uma vez mostradas eficazes, são incorporadas aos procedimentos da política. Essa sucessão de mudanças incrementais (LINDBLOM, 1959, p. 86) evita erros e mudanças abruptas.

## 5. Conclusões e perspectivas

O federalismo brasileiro foi constituído de forma a possibilitar uma ampliação da oferta de diversos serviços públicos que passam a ser consagrados como direito a partir da CRFB/88. Para isso, a responsabilidade de provisão desses serviços foi encarregada aos três entes federativos — União, Estados e Municípios. Para tornar essa oferta mais eficiente, a Constituição estabeleceu a necessidade de mecanismos de colaboração entre esses entes.

O papel de protagonismo da União na colaboração em matéria educacional é grande. Com capacidade técnica e orçamentária maior do que a grande parte dos municípios, ela comanda uma série de programas que induzem políticas locais. O grau de institucionalização desses programas variou ao longo dos últimos 30 anos, sem que se tenha estabelecido uma lógica sistêmica como em outros campos de políticas públicas.

Nesse sentido, a ausência de um SNE, atrelada à grande dependência que municípios possuem de recursos federais, dificulta o planejamento educacional local, que é mais orientado pelos objetos e parâmetros decididos pelo governo federal. Como governos mudam e as orientações da política pública educacional também, isso aumenta o risco de descontinuidades nas políticas educacionais, como demonstra o caso do PNAIC e da ANA.

Dentro de uma perspectiva de colaboração liderada por governos estaduais, se observam estratégias muito heterogêneas. Dessas, a única que pode propriamente ser caracterizada enquanto um regime de colaboração é o caso do Ceará. Nesse estado, quatro políticas públicas constroem uma engenharia institucional que produziu melhorias significativas nos resultados educacionais nos últimos dez anos.

Esse regime de colaboração é constituído de quatro marcos normativos: o PAIC, o PENDez, o SPAECE, e a distribuição da cota-parte do ICMS aos municí-

pios. O primeiro se confunde com o próprio regime de colaboração, na medida em que é uma complexa estrutura burocrático-pedagógica para implementação de política educacional que visa a promover erradicação do analfabetismo e melhoria na aprendizagem. O PENDez funciona como mecanismo sistêmico de premiação da excelência e recuperação de dificuldades. O ICMS constitui parte dos incentivos, de ordem financeira, e o SPAECE cumpre o papel de *accountability*.

O PAIC foi desenhado de forma extremamente regulada, para garantir que sua implementação, baseada na experiência de Sobral, fosse homogênea em todo o Ceará. Teve expressivos resultados no combate ao analfabetismo, e excelentes respostas nos anos iniciais do ensino fundamental. No segundo segmento, os efeitos são mais tímidos, a despeito da tentativa de adaptar o bem-sucedido arranjo do primeiro segmento. Nos anos finais, o estado atinge 4,9 no IDEB, um pouco acima da média nacional de 4,4 e distante das escolas particulares estaduais, que atingem 6,0.

O PENDez, cuja normatização deixa amplo espaço de discricionariedade aos agentes, poderia fornecer estratégias valiosas para o incremento da política educacional cearense a partir da disseminação de práticas bem-sucedidas. No entanto, a política é pouco regulamentada, especialmente em relação à assessoria que uma unidade escolar deve prestar em relação a outra. Assim, boas estratégias podem se perder, sem irradiar para o todo do sistema. Assim, como o maior limite do PAIC parece ser sua capacidade de se reinventar, o maior problema do PENDez é sua incapacidade de orientar essa reinvenção.

A colaboração horizontal entre municípios tem uma trajetória sólida através de desenhos como os consórcios públicos. Na educação, essa experiência não teve grande disseminação, existindo apenas alguns consórcios multifinalitários que possuem, dentre suas diversas ações, algumas voltadas para a educação. Essa dificuldade em estabelecer estratégias horizontais de cooperação vem sendo superada através do surgimento de estruturas mais flexíveis que os tradicionais consórcios.

A ADE-Chapada é um bom exemplo. Uma liderança local conseguiu mobilizar agentes públicos, sociedade e o terceiro setor em um empreendimento social com resultados educacionais bem acima da média regional, através da construção incremental de uma estrutura de governança para implementação de políticas educacionais. Essa mobilização se institucionalizou e se tornou tão relevante que não só resistiu aos ciclos político-eleitorais, como foi capaz de pautá-los. Essa experiência pode servir de exemplo para regiões onde não existe uma cultura de colaboração tão enraizada como o Ceará, mas exista disposição para enfrentamento conjunto de problemas comuns.

Pode-se entender, então, que essas experiências deram concretude ao objetivo constitucional de estabelecer a colaboração e reforçaram seu papel enquanto estratégia para atingir a qualidade da educação.

## Referências bibliográficas

ABICALIL, C.A. Sistema Nacional de Educação: os arranjos na cooperação, parceria e cobiça sobre o fundo público na educação básica. **Educação & Sociedade (Impresso)**, v. 34, p. 803-828, 2013.

\_\_\_\_\_. Federalismo brasileiro e cooperação interfederativa em educação: entre as autonomias e a equidade. Roteiro. **Joaçaba**, v. 39, n. 1, p. 11-38, jan-jul., 2014.

\_\_\_\_\_. O Plano Nacional de Educação e o regime de colaboração. **Retratos da Escola**, v. 8, p. 249-263, 2014.

ABRUCIO, F. L. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, jun. 2005.

\_\_\_\_\_. A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento. *In*: PORTELA, R.; SANTANA, W. **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir diversidade. Brasília: UNESCO, 2010.

\_\_\_\_\_. Associativismo territorial para a coordenação intergovernamental. *In*: ABRUCIO, F.L.; RAMOS, M.R. **Regime de colaboração e associativismo territorial**: arranjos de desenvolvimento da educação. São Paulo: Fundação Santillana, 2012.

\_\_\_\_\_. **Cooperação intermunicipal**: experiências de arranjo de desenvolvimento da educação no Brasil. São Paulo: Instituto Positivo, 2017.

\_\_\_\_\_. LOUREIRO, M. R. Finanças públicas, democracia e *accountability*. *In*: BIDERMAN, C.; ARVATE, P. (orgs.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. SANO, H. O federalismo brasileiro e o associativismo territorial: um mapa da situação atual. *In*: ABRUCIO, F.L.; SANO, H. (autores). GARCIA, L. de

O.; OLIVEIRA, N. P.; ANTERO, de O. e S.A. (orgs.). **Associativismo intergovernamental: experiências brasileiras**. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais — IFCI. Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento — AECID. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Editora IABS. Brasília, DF, 2013.

\_\_\_\_\_; SEGATTO, C. I. O Manifesto dos Pioneiros e o federalismo brasileiro: percalços e avanços rumo a um Sistema Nacional de Educação. In: CUNHA, C.; GADOTTI, M.; BORDIGNON, G.; NOGUEIRA, F. **O Sistema Nacional de Educação: diversos olhares 80 anos após o Manifesto**. Brasília: Ministério da Educação, 2014, p. 40-57.

AGRANOFF, R. Power shifts, diversity and asymmetry. In: AGRANOFF, Robert (ed.). **Accommodating diversity: asymmetry in federal states**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 11-23.

\_\_\_\_\_; RADIN, B. Deil Wright's Overlapping Model of Intergovernmental Relations: The Basis for Contemporary Intergovernmental Relationships. **The Journal of Federalism**, v. 45, n. 1, p. 139-159, 2014.

ANDREWS, C. W.; VRIES, M. S. Pobreza e municipalização da educação: análise dos resultados do Ideb (2005-2009). **Cadernos de Pesquisa**, v. 42, n. 147, p. 826-847, 2013.

ARAÚJO, G. C. Direito à educação básica. A cooperação entre os entes federados. **Retratos da Escola**, CNTE, Brasília, DF, v. 4, n. 7, p. 231-241, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Federalismo cooperativo e educação no Brasil: 30 anos de omissões e ambivalências. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 39, nº. 145, p. 908-927, out./dez., 2018.

ARRETCHE, M. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, abr./jun. 2004.

Associação Nacional de Política e Administração em Educação — ANPAE. **Análise preliminar do documento “Pátria Educadora: a qualificação do ensino básico como obra de construção nacional”**. 2015.

AZEVEDO, F. et al. O Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova (1932). **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. especial, p. 188-204, ago. 2006.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding regulation: Theory, Strategy and Practice**. New York: Oxford University Press, 2012.

BICHIR, R.; BRETTAS, G. H.; CANATO, P. Multi-level governance in federal contexts: The Social Assistance Policy in the City of São Paulo. **Brazilian Political Science Review**, 11, 2017.

BONAMINO, A.; SOUZA, S. Z. Três gerações de avaliação da educação básica no Brasil: interfaces com o currículo da/na escola. **Educação e Pesquisa**, v. 38, n. 2, p. 373-388, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação — FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **O Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas**. Brasília: MEC, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação — PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto Presidencial nº 6.094, de 24 de abril de 2007**. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União, em regime de colaboração com municípios, Distrito Federal e Estados. Diário Oficial da União, Brasília, 24 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. **Pátria Educadora: eixo 1 — federalismo cooperativo**. Brasília, 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.695 de 25 de julho de 2012.** Dispõe sobre o apoio técnico ou financeiro da União no âmbito do Plano de Ações Articuladas; altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para incluir os polos presenciais do sistema Universidade Aberta do Brasil na assistência financeira do Programa Dinheiro Direto na Escola; altera a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, para contemplar com recursos do FUNDEB as instituições comunitárias que atuam na educação do campo; altera a Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004, para dispor sobre a assistência financeira da União no âmbito do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos; altera a Lei nº 8.405, de 9 de janeiro de 1992; e dá outras providências. Brasília, 2012.

BREMAKER, F. E. J. A política de fundos para a educação e o impacto nas finanças de estados e municípios. *In*: CORBUCCI, P.R. GOUVEIA, A.B. PINTO, J.M. (orgs.). **Federalismo e políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil.** Brasília: Ipea, 2011.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BROOKE, N. O futuro das políticas de responsabilização no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 36, n. 128, p. 377-401, 2006.

BURKE, B. Understanding Intergovernmental Relations, Twenty-five Years Hence. **State and Local Government Review**, 2014, v. 46, n. 1, 63-76.

CALDERÓN, A. I.; RAQUEL, B. M. G; CABRAL, E. S. O Prêmio Escola Nota Dez: meritocracia e cooperação para a melhoria do desempenho escolar. **Ensaio: avaliação de políticas públicas da educação**, v. 14, p. 517-540, 2015.

CAMINI, L. A política educacional do PDE e do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação. **RBPAE**, v. 26, n. 3, p. 535-550, set./dez. 2010.

CARNEIRO, D.; IRFFI, G. Avaliação comparativa das Leis de Incentivo à Educação no Ceará. XXII Encontro Regional de Economia, 2017.

\_\_\_\_\_. **Avaliação de políticas de incentivo à educação básica no Ceará: lições para o Brasil.** Tese (Doutorado em Economia) — Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

CARNOY, M.; LOEB, S. Does external accountability affect student outcomes? A cross-state analysis. **Educational Evaluation and Policy Analysis**, v. 24, n. 4, p. 305-331, 2002.

CARVALHO, J. M. **A construção da ordem: a elite política/Teatro das Sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CEARÁ. **Regime de colaboração para a garantia do direito à aprendizagem: o Programa Alfabetização na Idade Certa (PAIC) no Ceará**. Fortaleza: SEDUC, 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.452 de 06 de junho de 1995**. Dispõe sobre o Processo de Municipalização do Ensino Público do Ceará e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Fortaleza-CE. Caderno 1/2. Série 3. Ano I. Nº 111. 27 jun. 1995.

\_\_\_\_\_. Assembleia Legislativa. AGUIAR, Rui; GOMES, Ivo; CAMPOS, Marcia (orgs.). **Educação de qualidade começando pelo começo: relatório final do Comitê Cearense para a Eliminação do Analfabetismo Escolar**. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Ceará, 2006.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.371 de 19 de junho de 2009**. Cria o Prêmio Escola Nota Dez, destinado a premiar as escolas públicas com melhor resultado no índice de desempenho escolar alfabetização (IDE-alfa), e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Fortaleza-CE. Caderno 1/2. Série 3. Ano I. Nº 111. 19 jun. 2009.

CLARKE, J.; NEWMAN, J. **The Managerial State: power, politics and ideology in the remaking of social welfare**. London: Sage, 1997.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO — CNTE. **Avaliação da CNTE sobre o projeto preliminar da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República intitulado “Pátria Educadora: a qualificação do ensino básico como obra de construção nacional”**. Brasília, 29 de abril de 2015.

CORREA, E. V. **Accountability na educação: impactos do Prêmio Escola Nota Dez no sistema público de ensino do Ceará**. Tese (Doutorado em Educação)



— Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Educação, 2018.

CRUZ, L. G de B. **Educação e arquiteturas territoriais**: possibilidades e limites para melhoria das condições de ensino e aprendizagem da educação pública brasileira. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) — Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

CRUZ, R. E. **Pacto federativo e financiamento da educação**: a função supletiva e redistributiva da União — o FNDE em destaque. Tese (Doutorado em Educação) — Faculdade de Educação. Universidade de São Paulo, 2010.

CUNHA, C. (coord). **O MEC pós-Constituição**. Brasília, Líber Livro, 2016.

\_\_\_\_\_; GAUDIO, A. P. S.; BRITO, R. O. Murílo Hingel: um mestre-escola no MEC. *In*: CUNHA, C. (coord). **O MEC pós-Constituição**. Brasília, Líber Livro, 2016. p. 107-152.

\_\_\_\_\_; PINA, K.; JESUS, W. F.; Paulo Renato de Souza: reforma e modernização da educação brasileira no contexto da Revolução Gerenciada. *In*: CUNHA, C. (coord). **O MEC pós-Constituição**. Brasília, Líber Livro, 2016. p. 153-225.

CURY, C. R. J. Estado e políticas de financiamento em educação. **Educação e Sociedade**, Campinas-SP: Cedes, v. 28, n. 100, p. 831-856, 2007.

\_\_\_\_\_. O Sistema Nacional de Educação: uma reflexão provocativa para o debate. *In*: CUNHA, C.; GADOTTI, M.; BORDIGNON, G.; NOGUEIRA, F. **O Sistema Nacional de Educação**: diversos olhares 80 anos após o Manifesto. Brasília: Ministério da Educação, 2014. p. 30-40.

DEWEY, J. **Experience and nature**. New York: Dover Publications, 1958.

ELAZAR, D. J. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa: University of Alabama, 1987.

ESTEVES, L. C. G. O FUNDEF no estado do Rio de Janeiro: a óptica dos perdedores. **Revista Brasileira de Educação**, v. 12 n. 35 maio/ago. 2007, p. 212-231.

FÁVERO, O (org.). **A educação nas constituintes brasileiras (1823-1988)**. SP: Autores Associados, 2005.

FERREIRA, E. B. Federalismo e planejamento educacional no exercício do PAR. **Cadernos de Pesquisa**, v. 44, n. 153, p. 602-623, jul./set. 2014.

\_\_\_\_\_. Gestão dos sistemas municipais de educação: planejamento e equilíbrio federativo em questão. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v.23, n. 88, p. 545-566, jul./set. 2015.

FONSECA, M.; ALBUQUERQUE, S. V. O PAR como indutor do planejamento da educação municipal. **Série-Estudos**, Campo Grande, MS: UCDB, n. 34, p. 61-74, 2012.

FILHO, N. M.; FERNANDES, R. Educação: avanços recentes e propostas para o futuro. *In*: FILHO, N. M.; SOUZA, A. P. **A Carta: para entender a constituição brasileira**. São Paulo: Todavia, 2019.

FONSECA, A. S. A. **Programa Alfabetização na Idade Certa — PAIC**: reflexos no planejamento e na prática escolar. 2013. 148 f. Tese (Doutorado em Educação Brasileira) — Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

FRANCA, E. **Repasse da cota-parte do ICMS aos municípios cearenses**: avaliação das mudanças ocorridas no período de 2009 a 2011. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público) — UFC, 2014.

FRUTUOSO, J. A gestão do Sistema Único de Saúde. *In*: PORTELA, R.; SANTANA, W. **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir diversidade. Brasília: UNESCO, 2010.

GEMAUQUE, R. **Financiamento da Educação**: o FUNDEF na educação do Estado do Pará — feitos e fetiches. 2004. 372 f. Tese (Doutorado) — Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação, São Paulo, 2004.

GÓIS, A. **Quatro décadas de gestão educacional no Brasil**: políticas públicas do MEC em depoimentos de ex-ministros. São Paulo: Fundação Santillana, 2018.

GREER, S. L. The politics of divergent policy. *In*: GREER, Scott L. (ed.). **Territory, Democracy and Justice**: Regionalism and Federalism in Western Democracies. NY: Palgrave MacMillan, 2006, p. 157-174.

\_\_\_\_\_. **Nationalism and self-government:** the politics of autonomy in Scotland and Catalonia. NY: Suny Press, 2007.

GUSMÃO, J. B. de; RIBEIRO, V.M. Colaboração entre estado e municípios para a alfabetização de crianças na idade certa no Ceará. **Cadernos Cenpec**, vol. 1, no 1, p. 9-34, 2011.

HANUSHEK, E. A. The failure of input-based schooling policies. **The Economic Journal**, n. 133, p. F64-F98, 2003.

HILL, M. J.; HUPE, P. L. The multi-layer problem in implementation research. **Public Management Review**, v. 5, n. 4, p. 471-490, 2003.

HINGEL, M. Murilo Hingel (01/10/1992 a 01/01/1995). [Entrevista concedida a] GÓIS, A. **Quatro décadas de gestão educacional no Brasil:** políticas públicas do MEC em depoimentos de ex-ministros. São Paulo: Fundação Santillana, 2018.

INEP. **Relatório SAEB/ANA 2016: Panorama do Brasil e dos Estados.** Brasília, 2018.

KASMIRSKI, P.; GUSMÃO, J.; RIBEIRO, V. O PAIC e a equidade nas escolas de ensino fundamental cearense. **Estudos em Avaliação Educacional**, v. 28, n. 69, p. 848-872, set./dez. 2017.

KINGDON, J. W. **Agendas, Alternatives and Public Policies.** Londres: Pearson, 2013.

KOLINSLKI, M. C.; RIBEIRO, E; OLIVEIRA, L. X. Indicadores educacionais e responsabilização escolar: um estudo do “Prêmio Escola Nota Dez”. **Estudos em Avaliação Educacional**, v. 28, n. 69, p. 804-846, set/dez. 2017.

LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

LIMA, A. C. Ciclo de avaliação da educação básica do Ceará: principais resultados. **Est. Aval. Educ.**, São Paulo, v. 23, n. 53, p. 38-58, set./dez. 2012.

LINDBLOM, C. E. The science of “muddling through”. **Public Administration Review**, v. 19, n. 2, p. 86-97, Spring, 1959. p. 86-97.

LOCKMANN, K.; MACHADO, R. Pátria educadora? Uma análise das propostas para o ensino público brasileiro. **Pro-Posições**, Campinas, v. 29, n. 1, p. 128-152, jan./abr. 2018.

LOTTA, G. A política pública como ela é: contribuições dos estudos sobre implementação para a análise de políticas públicas. *In*: LOTTA, G. (Org.) **Teoria e análises sobre implementação de políticas públicas no Brasil**. Brasília: Enap, 2019, p. 11-38.

MAIA, M. H. **Aprendendo a marchar**: os desafios da gestão municipal do ensino fundamental e da superação do “analfabetismo escolar”. 2006. 187 f. Tese (Doutorado em Educação Brasileira) — Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

MARQUES, B.; NOGUEIRA, F. Ensino médio: entre a reforma e a mão de tinta. *In*: FERREIRA, M. M.; PAIM, J. H. **Os desafios do ensino médio**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MENDES, D. T. **O Planejamento Educacional no Brasil**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

MERCADANTE, A. Aloísio Mercadante. [Entrevista concedida a] GÓIS, A. **Quatro décadas de gestão educacional no Brasil**: políticas públicas do MEC em depoimentos de ex-ministros. São Paulo: Fundação Santillana, 2018. p. 176-192.

MOTA, M. O. **Entre a meritocracia e a equidade**: o Prêmio Escola Nota Dez na percepção e atuação de agentes implementadores. Tese (Doutorado em Educação) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Educação, 2018.

MOTTA, V. C.; FRIGOTTO, G. Por que a urgência da reforma do ensino médio? Medida Provisória nº 746/2.016 (Lei nº 13.415/2017). **Educ. Soc.**, Campinas, v. 38, n. 139, p. 355-372, abr.-jun., 2017.

NAGLE, J. **Educação e sociedade na Primeira República**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

NEVES, L. A.; RIBEIRO, J. M. Consórcios de saúde: estudo de caso exitoso. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 22, n. 10, p. 2207-2217, out. 2006.

NOGUEIRA, C. Efeitos distributivos das políticas públicas: o caso da nova metodologia de cálculo da cota parte do ICMS do Ceará. **Revista FSA**, v. 9, n. 1, 2012.

NORTH, D. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NUNES, C. O “velho” e “bom” ensino secundário: momentos decisivos. **Revista Brasileira de Educação**, São Paulo, ANPED, n. 14, p. 35-60, 2000.

OECD, **Education at a Glance 2018: OECD Indicators**, Paris: OECD Publishing, 2018.

OLIVEIRA, C. A.; MEIRELLES, C. Projeto Chapada: uma experiência de ADE na Chapada Diamantina. In: ABRUCIO, F.L.; RAMOS, M.R. **Regime de colaboração e associativismo territorial: arranjos de desenvolvimento da educação**. São Paulo: Fundação Santillana, 2012. p. 109-128.

OLSON, M. **A lógica da ação coletiva: benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. São Paulo: EDUSP, 1999.

PINTO, J. M. Z. Federalismo, descentralização e planejamento da educação: desafios aos municípios. **Cadernos de Pesquisa**, v. 44, n. 153, p. 624-644, jul./set. 2014.

RIBEIRO, L. C. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **RDA — Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.

RIBEIRO, J. M.; COSTA, N. R. Regionalização da assistência à saúde no Brasil: os consórcios municipais no Sistema Único de Saúde (SUS). **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 22, dez. 2000.

RIKER, W. **The development of american federalism**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1987.

SABEL, C.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **The Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 53, p. 53-93, 2011.

SANO, H. **Articulação horizontal no federalismo brasileiro: os conselhos de secretários estaduais**. 2008. 307 f. Tese (Doutorado em Administração Pública

e Governo) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008.

SAVIANI, D. O Plano de Desenvolvimento da Educação: análise do projeto do MEC. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007.

SCHWARTZSMAN, S. Gustavo Capanema e a Educação Brasileira: uma interpretação. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, LXVI, n. 153, p. 265-272, maio, 1985.

SEGATTO, C.I. **O papel dos governos estaduais nas políticas municipais de educação**: uma análise dos modelos de cooperação intergovernamental. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo EAESP/FGV, 2015.

SOUZA, C. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 24, p. 105-121, jun. 2005.

SOUZA, P. R. **A revolução gerenciada**: a educação no Brasil (1995-2002). Nova Jersey: Prentice Hall, 2005.

STRELEC, T. **Relações intergovernamentais no contexto educacional brasileiro**: um estudo a partir de cooperação nas políticas públicas. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) — Campinas, Unicamp, 2017.

STURN, R. The adventure of divergence: an inquiry into the preconditions for institutional diversity and political innovation after political decentralization. *In*: GREER, S. L. (ed.). **Territory, democracy and justice**: regionalism and federalism in Western democracies. Nova York: Palgrave MacMillan, 2006. p. 139-156.

SUMIYA, L. A. **A hora da alfabetização**: atores, ideias e instituições na construção do PAIC/CE. Tese (Doutorado em Administração) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

TENDLER, J. **Good government on tropics**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997.

WATTS, R. L. Federalism, federal political systems, and federations. **Annual Review of Political Science**, 1998. p. 117—137.

VAZQUEZ, D. A. Desequilíbrios regionais no financiamento da educação: a política nacional de equidade do FUNDEF. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 24, p. 149-164, jun. 2005

VIEIRA, S. L. **Política educacional em tempos de transição (1985-1995)**. Fortaleza, CE: Plano, 1998.

\_\_\_\_\_. Poder local e educação no Brasil: dimensões e tensões. **Cadernos ANPAE**, v. 9, p. 1-14, 2011.

\_\_\_\_\_. Educação básica no Ceará: construindo um pacto colaborativo. *In*: OLIVEIRA, R. P.; SANTANA, W. (orgs.). **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: Unesco, 2010. p. 271-286.

\_\_\_\_\_; VIDAL, E. M. Construindo uma história de colaboração na educação: a experiência do Ceará. **Educação & Sociedade**, v. 34, p. 1075-1093, 2013.

VIDAL, E. M.; VIEIRA, S. L. Políticas municipais de educação em tempos de Ideb: estudo de caso em uma região do Ceará. **Cadernos ANPAE**, v. 18, p. 01-19, 2014.

XAVIER, L. Oscilações do público e o privado na história da educação brasileira. **Revista Brasileira de História da Educação**. Maringá, n. 5, p. 233-251, jan./jun. 2003.

# **DIREITO AO ESQUECIMENTO: LIMITES E APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

EDUARDO DIAS GARCIA

## **Resumo**

O direito ao esquecimento tem suas origens no confronto entre direitos da personalidade, como a intimidade e a vida privada, e a liberdade de expressão, incluídas aqui as liberdades de informação e de imprensa. Trata-se de conceito ainda em construção, mas em torno do qual já existe grande discussão, especialmente porque é um direito que pode se manifestar em contextos variados e de formas diversas — cenário que se agrava ainda mais quando se considera, também, o ambiente da internet, o que não pode deixar de ser feito nos dias atuais. Este trabalho parte de uma análise dos direitos fundamentais em conflito e da construção de uma ideia de “direito ao esquecimento” nos Estados Unidos (onde prevalecem as liberdades comunicativas) e na Europa (que valoriza a privacidade, sobretudo no contexto de proteção aos dados pessoais) para verificar a compatibilidade de tal instituto com o ordenamento brasileiro. Além disso, considerando que o direito ao esquecimento é, sobretudo, um direito do caso concreto, são propostos alguns critérios e parâmetros para a sua análise em cada caso, a partir de estudo dos precedentes já existentes sobre o tema no Brasil e no exterior.

## **Palavras-chave**

Direito ao Esquecimento. Origens. Direitos Fundamentais. Privacidade. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa. Conflito entre princípios. Direito em construção. Definição. Dependência do caso concreto. Identificação. Limites. Critérios.

## **Abstract**

The right to be forgotten originates from the conflict between personality rights, such as the right to privacy, and the freedoms of expression and of the press. Although it is still a relatively new concept, there is already great discussion around this right, especially because it can manifest in different contexts and in various shapes — a situation that is only aggravated once one considers an online environment as well, which cannot be overlooked nowadays. This



paper begins with an analysis of the fundamental rights in question, followed by an examination of how the idea of a “right to be forgotten” has developed in the United States (where the freedoms of speech tend to prevail) and in Europe (where there is a significant concern with privacy rights, especially in the context of personal data protection). From there, it seeks to understand if such a right might be compatible with the Brazilian legal system. Moreover, considering that the right to be forgotten demands an analysis of each case’s facts, the paper proposes some criteria and parameters for such an assessment, founded on a study of already existing precedents from both Brazilian and international courts.

### Keywords

Right to be Forgotten. Origins. Fundamental Rights. Privacy. Freedom of expression. Freedom of the press. Conflict of principles. Definition. Reliance on the individual case. Identification. Limits. Criteria.

### Introdução

O mundo moderno é marcado, mais do que nunca, pela informação. Cada vez mais as evoluções tecnológicas permitem uma difusão mais rápida e abrangente de informação de todos os tipos, com a internet tornando-se “parte integrante da vida de todos os indivíduos [...] e uma ferramenta essencial para a formação de nossas opiniões” e as tecnologias de informação e comunicação “cada vez mais onipresentes, inexoravelmente ligadas às nossas atividades diárias e relacionadas à nossa vida democrática, econômica e social” (BELLI, 2019, p. 43). Não é à toa, portanto, que nossa época receba o nome de “Era da Informação”:

No atual cenário, marcado pela globalização, por grandes avanços tecnológicos e pela economia pós-industrial, a informação se produz e propaga com velocidade cada vez maior, e ela se converteu no instrumento mais importante para o exercício e controle do poder, acesso aos recursos materiais e imateriais socialmente valorizados e desenvolvimento da maior parte das atividades humanas. Neste contexto, o direito à informação, positivado pela Constituição no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 220, § 1º, assume um relevo extraordinário. (SARMENTO, 2016, p. 194).

Ocorre que, conforme alerta Anderson Schreiber (2014, p. 172), “a internet não esquece”: enquanto jornais e revistas, limitados ao seu suporte físico, se perdiam no tempo, as informações que circulam na rede são perenes, perma-

necendo ali indefinidamente, inalteradas, de modo que “dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes”. E se isso é, por um lado, algo positivo, garantindo ao público seu direito de relemburar fatos antigos e auxiliando na preservação de uma relevante porção da História de nossa sociedade, esse aspecto onipresente e onisciente da internet tem, também, suas desvantagens. Como evitar, por exemplo, “que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito” (SCHREIBER, 2014, p. 172)? Como garantir, asseguradas as liberdades comunicativas e a proibição da censura, que erros do passado não sejam capazes de determinar todo o futuro de um indivíduo?

Trata-se de questões delicadas, mas que não podem deixar de ser apreciadas pelo Direito. E se ganham força com o advento, desenvolvimento e expansão do acesso à internet, certo é que já existiam antes dele, quando os avanços em tecnologias de comunicação ainda estavam limitados ao cinema e à televisão. De todo modo, a discussão é a mesma: em um sistema jurídico centralizado na garantia de direitos fundamentais e assentado na busca por assegurar a dignidade da pessoa humana, muitos destes preceitos constitucionais, apesar de igualmente relevantes, traduzem valores contrapostos e nem sempre compatíveis, entrando por vezes em rota de colisão — e não se trata, aqui, de conflitos de solução simples, fornecida pelas próprias normas aplicáveis, mas sim de conflitos que estimulam a atuação do julgador conforme as peculiaridades de cada caso que lhe é apresentado (BARROSO, 2019, p. 4).

É nesse contexto, na linha de colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, que surge a figura do direito ao esquecimento. É, apesar de já possuir histórico relevante, um conceito ainda em construção, ainda debatido por doutrinadores e juízes e sujeito à evolução da tecnologia e dos novos desafios por ela apresentados. Todas as questões relativas a este direito, no entanto, remontam aos princípios gerais de proteção à pessoa — em especial a privacidade — e à discussão sobre a possibilidade de imposição de limites à atuação informativa da imprensa (MALDONADO, 2017, p. 24 e 32-34). Nesse sentido:

A partir da Constituição de 1988 que expressamente protegeu o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sob pena de indenização por dano moral, **passou a jurisprudência a colocar-se diante do tormentoso conflito entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.**

Para bem compreender o tema, ***é preciso voltar à discussão sobre a limitabilidade dos direitos fundamentais e dos limites da liberdade de informação.*** Hoje está praticamente assentada a no-

ção de que a liberdade de imprensa encontra limites nos direitos da personalidade, **cabendo ao Poder Judiciário resolver os conflitos de interesses, ora fazendo prevalecer um, ora outro, conforme o interesse público recomendar.** [...]

Enfim, a jurisprudência tem sido firme no sentido de amparar o direito à intimidade quando violado por órgão de comunicação, sendo frequente nos repertórios de jurisprudência a presença de grandes redes de televisão e de poderosos jornais. (CARVALHO, 1998, p. 72-73, grifos nossos).

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou menção expressa nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2013, em dois julgamentos que destacam a importância da análise do caso concreto para a solução do conflito e ressaltam, com isso, as dificuldades envolvidas na definição do referido direito. Ainda, o tema já foi levado também ao Supremo Tribunal Federal (STF) onde teve Repercussão Geral reconhecida, uma vez que “o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo, e que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, não podendo se sobrepor às garantias individuais” (SARLET, 2018b, p. 502-504).

A nível internacional, a visibilidade do tema aumentou de maneira considerável quando, em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu o caso *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, tendo se intensificado desde então os debates sobre o direito ao esquecimento em si, bem como suas questões de fundo e os problemas que dele podem advir (SARLET, 2018b, p. 493). Quando se fala de problemas, a referência não é apenas a mera operacionalização de um direito ao esquecimento, mas, para muitos críticos, a sua própria validade dentro da sociedade democrática moderna:

Não se pode falar de um suposto direito ao esquecimento, sem contrapô-lo à História. Afinal, a História é a disciplina que se propõe a estudar e compreender fatos passados, ainda que eventualmente prejudiciais à reputação de alguns dos seus personagens. A História, pode-se dizer, é a antítese do esquecimento. [...]

Há inúmeras razões para valorizar a História, mas talvez a principal delas é a de que somos seres históricos, enraizados, e vivemos em um mundo que também é inescapavelmente histórico. [...] Portanto, a História não serve apenas à compreensão do passado, mas também do presente. Ela nos permite entender melhor o nosso mundo e nos municia com recursos valiosos para

que enfrentemos os problemas atuais, com uma perspectiva mais ampla, e de maneira mais crítica e consciente. [...]

A História, por outro lado, não se resume à narrativa dos “grandes” acontecimentos, das guerras e revoluções, dos episódios marcantes e grandiloquentes das vidas dos Estados e líderes políticos. Esta era a visão antiga da História, há muito ultrapassada. [...] Atualmente, consideram-se temas históricos importantes assuntos como a vida privada, a sexualidade, a alimentação, a higiene, as relações de gênero, o casamento, o vestuário, as “mentalidades”, dentre tantos outros. [...]

O que se está afirmando é que a passagem do tempo não retira a importância e o interesse público das informações, porque a História é essencial para a sociedade. E o argumento torna-se ainda mais irresistível em países que têm uma trajetória histórica de violação de direitos humanos, em que a superação de traumas e feridas clama não pelo esquecimento do passado, mas pelo fortalecimento da memória coletiva. (SARMENTO, 2016, p. 198-201).

Nesse sentido, ficam claras não só a grande relevância do tema, como, também, a delicadeza com que deve ser tratado. Se, por um lado, o direito ao esquecimento já vem sendo reconhecido à medida em que é pleiteado, por outro, os riscos de uma aplicação indiscriminada e generalizada de tal instituto são, evidentemente, graves. Desse modo, torna-se importante entender, para além da mera conceituação teórica do direito ao esquecimento, a maneira como vem sendo desenvolvido na experiência prática, tanto nacional como internacional, e quais limites estão sendo impostos ou estabelecidos para o seu reconhecimento.

Com essa finalidade, o presente trabalho se estrutura a partir de três eixos principais. O primeiro deles tem um foco intrinsecamente doutrinário, buscando estabelecer o estado atual da discussão referente ao direito ao esquecimento e, também, aos dois princípios fundamentais cujo conflito o oportuniza, quais sejam, a privacidade e a liberdade de expressão. Em seguida, busca-se entender, a partir da jurisprudência e de sistemas normativos internacionais, a evolução histórica do direito ao esquecimento como solução para o referido conflito de liberdades, bem como as diferentes características que esse direito pode assumir conforme a valorização de um ou outro princípio fundamental. Finalmente, o terceiro eixo se concentra na jurisprudência brasileira já existente, analisando a fundo as duas decisões mais emblemáticas do STJ e buscando identificar quais impactos já foram por elas produzidos, além das perspectivas e desafios para o julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal e, de modo mais geral, para a continuidade futura do debate.

## **1. Direitos Fundamentais e a Definição de um Direito ao Esquecimento**

A parte inicial deste trabalho, voltada para a revisão conceitual dos direitos e garantias envolvidos na discussão, se divide em três. Primeiro será apresentada a privacidade, direito fundamental da personalidade que surge, em síntese, da própria proteção conferida à pessoa humana. Em seguida, serão apresentadas as liberdades de informação e imprensa que, também protegidas a nível fundamental, assumem papel extremamente relevante no Estado Democrático de Direito moderno. Finalmente, a análise passa para a doutrina do direito ao esquecimento em si, de como este novo direito dialoga com os dois anteriores, além de suas particularidades.

### **1.1 A Privacidade**

A definição do direito à privacidade deve se iniciar pela própria Constituição de 1988, que dedicou dispositivos, em seu artigo 5º, à proteção expressa de direitos da personalidade. O inciso X, do referido artigo, assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além da honra e da imagem, garantindo, também, “o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, art. 5º, X). A mesma proteção de caráter fundamental é garantida a nível internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, art. XII): “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”.

Em comentário à norma constitucional, José Adércio Leite Sampaio (2013) destaca a amplitude, tanto em âmbito nacional como no direito comparado, conferida ao direito à vida privada, que envolve ideias de autonomia, de personalidade, e da própria dignidade humana — que é alçada, por sua vez, a elemento fundamental da própria República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, art. 1º, III). Realmente, o que se verifica na doutrina é que sequer existe unanimidade quanto à distinção conceitual entre os direitos à intimidade e à privacidade, ora tratados como equivalentes, ora como representantes de âmbitos de proteção distintos, sendo o primeiro mais restrito e, eventualmente, contido no segundo (CARVALHO, 1998, p. 52).

Mesmo quando distintos, entretanto, os direitos em questão apresentam um núcleo comum e podem, para o propósito deste trabalho, ser assim estudados. Para Luís Roberto Barroso (2004, p. 13), “os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só”. Trata-se, definitivamente, de esferas distintas, mas componentes de um direito mais amplo, o direito de privacidade em geral:

[Do direito de privacidade] decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Ai estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação. (BARROSO, 2004, p. 13).

O direito de privacidade pode ser definido, ainda, como “o direito de interditar às demais pessoas os nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções” (CARVALHO, 1998, p. 52), ou como aquele que tem “por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público” (MENDES, 2017, p. 280). Ressalta-se, nas definições aqui transcritas, o já mencionado caráter da vontade, da autonomia do indivíduo: a intimidade sempre envolve, em alguma medida, a escolha individual de ter suas próprias informações compartilhadas com o público — “no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo” (MENDES, 2017, p. 282). Essa possibilidade da chamada “autodeterminação informativa” ganha destaque na discussão do esquecimento, especialmente em âmbito digital, pois, como se verá, uma das suas principais justificativas é justamente o desejo individual de não estar mais associado a informações sobre seu passado.

Nesse sentido, a proteção da privacidade dos indivíduos se configura como verdadeiro limite — não absoluto, naturalmente — à atuação de terceiros, seja na forma de intervenção estatal, seja na busca da garantia de outros direitos por outros indivíduos, que devem ter respeitada, também, a sua própria privacidade (CARVALHO, 1998, p. 52). Na moderna sociedade da informação, um dos conflitos mais relevantes sobre o tema se revela na fronteira entre esta proteção e a garantia do direito à informação e da liberdade de imprensa, que serão objeto de análise a seguir. Destaca-se desde já, entretanto, que a privacidade figura como limite constitucional expresso à liberdade de comunicação social (BRASIL, 1988, art. 220, §1º).

Quando não são considerados sinônimos, os conceitos de “privacidade” e “intimidade” não deixam de representar este limite ao interesse e possibilidade de atuação de terceiros. A diferença, entretanto, é que informações atinentes à privacidade de um indivíduo não terão necessariamente o mesmo grau de proteção que aquelas referentes à sua intimidade. Conforme mencionado anterior-

mente, os autores que defendem essa diferenciação conceitual reconhecem, na verdade, uma distinção de graus, estando a proteção mais específica contida na mais geral. Essa ideia tem origem na chamada “teoria dos círculos concêntricos”, desenvolvida inicialmente pela doutrina alemã a partir da década de 1950.

Proposta originariamente por Heinrich Hubmann em sua obra “*Das Persönlichkeitsrecht*”, publicada pela primeira vez em 1953 (WINIKES; CAMARGO, 2012, p. 13), a referida teoria se fundamenta na identificação de círculos ou esferas concêntricas dentro das quais a personalidade humana se desenvolveria, partindo da mais estrita intimidade até, no nível mais amplo, informações públicas. Para o autor, seriam três as esferas da personalidade humana: o segredo, no núcleo, englobando apenas as situações restritas à própria pessoa e, no máximo, a um grupo restrito das pessoas mais próximas a ela; a esfera privada, em seguida, contendo informações um pouco mais conhecidas, mas mantidas ainda relativamente restritas às pessoas próximas; e, finalmente, “a esfera individual, que abarcaria a pessoa na sua unicidade e identidade” (WINIKES; CAMARGO, 2012, p. 13) e estaria exposta ao público, às suas relações com terceiros.

Divisão semelhante foi feita por Heinrich Henkel, ainda na década de 1950, que manteve os três níveis propostos por Hubmann, com algumas alterações de nomenclatura: no núcleo estaria a intimidade, seguida então pela esfera do segredo (na qual já estão inseridos familiares e pessoas próximas que conhecem e participam de certos aspectos mais pessoais da vida do indivíduo, mesmo que em razão meramente de sua função — como no caso dos psicólogos, por exemplo) e, finalmente, pela privacidade (da qual participam mais pessoas, que têm contato com a vida do indivíduo mas não participam de seus segredos). Em ambos os casos, naturalmente, o nível de proteção a ser conferido aumenta conforme a informação esteja mais próxima do núcleo (WINIKES; CAMARGO, 2012; CHINELLATO, 2017).

Nesse sentido, não haveria possibilidade de interferência alheia na esfera mais central, onde estariam contidas, por exemplo, a sexualidade e as opções filosóficas e religiosas de cada indivíduo, mas isso já seria possível nas esferas intermediária — que contém, dentre outros, o sigilo domiciliar, profissional e das comunicações telefônicas, cuja abertura sofre maiores restrições mas é admissível mediante, por exemplo, decisão judicial fundamentada — e externa — cujo conteúdo já é de natureza pública ou pode ser divulgado, mais facilmente, com a justificativa plausível do interesse público (DI FIORE, 2012). Ainda que tenha sido este o entendimento mais adotado no Brasil, difundido inicialmente por Paulo José da Costa Junior (DI FIORE, 2012), há ainda outras propostas que variam tanto na denominação como na quantidade de esferas utilizadas para classificação da personalidade individual. O jurista português Menezes Cordeir-

ro, por exemplo, sugere a seguinte estratificação, a partir do grau mais amplo da personalidade:

Uma **esfera pública** (própria de políticos, atores, desportistas ou outras celebridades, ela implicaria uma área de condutas propositadamente acessível ao público, independentemente de concretas autorizações); uma **esfera individual-social** (reporta-se ao relacionamento social normal que as pessoas estabelecem com amigos, colegas e conhecidos); uma **esfera privada** (tem a ver com a vida privada comum da pessoa: apenas acessível ao círculo da família ou dos amigos mais estreitos, equiparáveis a familiares); uma **esfera secreta** (abrange o âmbito que o próprio tenha decidido não revelar a ninguém; desde o momento em que ele observe a discrição compatível com tal decisão, esta esfera tem absoluta tutela); uma **esfera íntima** (reporta-se à vida sentimental ou familiar no sentido mais estrito — cônjuge e filhos —; tem uma tutela absoluta, independentemente de quaisquer prévias decisões, nesse sentido, do titular considerado; elas são dispensáveis). (CORDEIRO, 2004, *apud* WINIKES; CAMARGO, 2012, p. 14, grifos nossos).

Qualquer que seja a classificação adotada, entretanto, uma coisa é certa: todas elas visam à garantia de uma esfera mínima individual que é inviolável, dentro da qual o indivíduo é livre e não se sujeita a qualquer interferência. Não só isso, como se propõem a lançar bases para uma divisão formal e objetiva entre o que é público e o que é privado (CANCELIER, 2017), contribuindo para a discussão dos limites entre o direito genérico à privacidade e outros, como a liberdade informativa. E isso é bastante relevante, ainda que a teoria como um todo seja alvo de críticas — seja por ter pouca importância prática e não implicar necessariamente em maior grau de proteção (WINIKES; CAMARGO, 2012, p. 15), pela fluidez do conteúdo de cada esfera, que pode levar a mudanças constantes nas informações que compõem cada uma (FARINHO, 2016, *apud* CANCELIER, 2017, p. 222) ou, ainda, por não se adequar completamente às necessidades contemporâneas de, por exemplo, proteção de dados pessoais, uma vez que considera apenas o conteúdo de determinada informação mas não sua finalidade ou necessidade (DONEDA, 2008).

Em todo caso, a teoria dos círculos concêntricos pode ter algum valor para a discussão do direito ao esquecimento, e seu estudo traz uma questão a ser considerada: o tipo de proteção que visam os defensores desse direito teria, também, seu grau alterado conforme o grau de intimidade atingido pela



informação? Isto é, a adoção de um direito ao esquecimento deveria permitir mais fácil e rapidamente a sua aplicação a segredos do que a informações públicas, ou o conteúdo da informação é, neste caso, irrelevante? Essa questão será tratada no momento oportuno, ainda que, destaca-se, desde já, não haja necessariamente uma resposta correta, mas apenas diferentes caminhos a serem considerados.

Além dos aspectos de autonomia individual e de proteção contra intervenções de terceiros, a conceituação da privacidade costuma abarcar também uma dimensão mais humana, relacionada à personalidade. Citando Paulo José da Costa Júnior, Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 280) proclama o direito à privacidade “como resultado da sentida exigência de o indivíduo ‘encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna’”, e destaca a reclusão à vida privada como essencial para a saúde mental do indivíduo e para o desenvolvimento livre da personalidade.

Este livre desenvolvimento da personalidade, central para os estudos de direitos fundamentais em ordenamentos jurídicos europeus, encontra-se também inserido nas discussões relativas à liberdade de informação e ao próprio direito ao esquecimento — da mesma forma que justifica, aqui, a importância da privacidade. Faz-se desde já, portanto, a ressalva: a Constituição brasileira de 1988 não conta com qualquer previsão expressa do referido direito ou de outra cláusula de proteção geral da personalidade, por mais que proteja diversos direitos da personalidade individualmente considerados; o livre desenvolvimento da personalidade é extraído pela doutrina, na verdade, da própria dignidade da pessoa humana (SARLET, 2018b, p. 496).

Desde o início de sua construção doutrinária, com a publicação do artigo “*Right to Privacy*” nos Estados Unidos em 1890, o direito à privacidade já apresentava essas características gerais. Seus autores, Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, já naquela época, destacavam a importância crescente da privacidade face aos avanços tecnológicos capazes de, cada vez mais, afligir o indivíduo com invasões não desejadas à sua vida privada. Já identificavam o direito à privacidade, também, como parte integrante do mais amplo direito à personalidade:

[The] existing law affords a principle which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for recording or reproducing scenes or sounds. [...] [The] right to privacy, as a part of the more general right to the immunity of the person, — the right to one's personality. (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 206-207).

Desde então, o conceito de um direito à privacidade vem sendo desenvolvido, nos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial. Se começou apenas com o objetivo de afastar do domínio público assuntos privados, já foi alargado de modo a garantir a cada um seu espaço individual de autonomia, protegido de intervenções, inclusive do poder público (MENDES, 2017, p. 282). Como já mencionado, entretanto, tal proteção não é — e tampouco pode ser — absoluta. Mesmo Warren e Brandeis (1890, p. 214) já reconheciam, em seu texto fundamental, que o direito à privacidade não poderia ser invocado como meio de proibição da publicação de assuntos dotados de interesse público.

Da mesma forma se posicionam a doutrina e jurisprudência nacionais, identificando, em regra, dois fatores capazes de mitigar a preservação da intimidade individual: em primeiro lugar, o grau de exposição pública da pessoa; em segundo, o fato de a informação “privada” já pertencer, de forma legítima, ao domínio público (BARROSO, 2004, p. 13-14). Em relação ao primeiro fator, o autor explica que “em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual[, a] privacidade de indivíduos de vida pública [...] sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada”, mesmo que a notoriedade advenha, como é frequente nas discussões relativas ao direito ao esquecimento, de circunstâncias negativas como o envolvimento em acidente ou crime. O segundo fator mencionado, capaz de afastar completamente — e não apenas minorar — a proteção pretendida, se revela especialmente em casos relativos a personagens históricos cuja vida privada passa a ser amplamente conhecida inclusive, eventualmente, por iniciativa dos próprios envolvidos:

Verificada a inexistência de ofensa à honra, tampouco se reconhece violação da privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura de livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado. (TJRJ, DO 03.04.89, Ap. 1988.001.03920, Rel. Des. Barbosa Moreira; *apud* BARROSO, 2014, p. 14).

Em síntese, o que se verifica é que, ao mesmo tempo que o direito à intimidade do indivíduo limita a ingerência de terceiros em sua esfera privada, esta esfera é delimitada pelo interesse público atribuído, por qualquer motivo, às informações que poderiam antes ser consideradas privadas. Não é, portanto, de forma alguma, um limite rígido ou facilmente verificável, devendo ser estabelecido no próprio caso concreto, a partir de processo de ponderação. Entretanto,

como se verá a seguir, o requisito do interesse público contribui, dentre outros fatores, para a atribuição de grande importância às liberdades comunicativas em todas as suas formas, causando, a princípio, eventual prejuízo à proteção da privacidade.

## 1.2 As Liberdades de Informação e de Imprensa

A liberdade de expressão e informação, também assegurada constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser considerada como “um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais” (MENDES, 2017, p. 263), motivo que, como se verá adiante, leva parte da doutrina a defender sua prevalência sobre os demais direitos. A Constituição de 1988 assegura ser “livre a manifestação do pensamento”, e garante “a todos o acesso à informação” (BRASIL, 1988, art. 5º, IV, XIV). Dedicar o capítulo V de seu título VII (“da ordem social”) à comunicação social, determinando categoricamente que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, garantindo a liberdade jornalística e proibindo a censura (BRASIL, 1988, art. 220).

A liberdade de expressão, considerada de forma ampla, abarca as mais diversas manifestações de pensamento, incluindo ideias, informações e mesmo opiniões difundidas verbalmente, por escrito ou por qualquer outro meio. Mesmo que protegidas em graus distintos, todas as formas de expressão humana têm, em regra, amparo nos dispositivos constitucionais mencionados (MENDES, 2017, p. 263). E a liberdade é abrangente não apenas quanto à forma de expressão, mas também quanto ao seu conteúdo:

O âmbito de proteção do direito à informação [...] abarca todas as questões que apresentam algum interesse público, sendo que este deve ser concebido de maneira alargada, para abranger a mais ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social. Há evidente interesse público na atividade política, [...] [mas] ele também está presente em temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc. (SARMENTO, 2016, p. 197).

A grande amplitude e importância conferidas às liberdades de expressão e informação se justificam, sem dúvida, pelo papel que estas exercem em uma sociedade democrática fundada na dignidade humana: mais uma vez merece menção o livre desenvolvimento da personalidade, visto que a informação é fundamental para um maior conhecimento da realidade e consequente tomada

de decisões e formação de preferências de forma consciente; o pluralismo de opiniões e a liberdade para formulação de críticas aos governantes são essenciais ao bom funcionamento do sistema democrático; o direito à informação — a ser informado, principalmente — “opera como pressuposto para o exercício eficaz de todos os demais, pois habilita o cidadão a reivindicá-los melhor” (SARMENTO, 2016, p. 195; MENDES, 2014, p. 264). Em síntese:

[A] liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. (FARIAS, 2000, p. 167, *apud* BARROSO, 2004, p. 20).

Importante destacar, dada a relevância atribuída ao “interesse público” como fator determinante para a proteção informativa, que o STF já se manifestou no sentido de declarar a “presunção de existência de interesse público nas informações transmitidas pelos meios de comunicação social”, afastando o controle prévio e eventualmente abusivo, por parte do Estado, das informações que serão acessíveis à sociedade (SARMENTO, 2016, p. 197). Isso se justifica, uma vez mais, pelo papel que exerce a liberdade de expressão no Estado Democrático, seja como meio de formação da opinião pública, de proteção dos processos coletivos de decisão, ou de garantia da liberdade maior — tanto individual como coletiva — de ser informado, isto é, de obter livremente informações corretas, imparciais e relevantes (CHEQUER, 2010, p. 248-249).

Até o momento, as liberdades de expressão e informação foram aqui tratadas de maneira intercambiável, especialmente porque seus fundamentos são, na prática, idênticos. Apesar disso, trata-se de duas liberdades distintas, e a doutrina brasileira preocupa-se bastante com essa distinção. A liberdade de informação, de um lado, refere-se, de modo mais restrito, à comunicação de fatos, assim definida conforme o critério da veracidade: exige-se que a informação, para estar inserida no âmbito desta liberdade, seja comprovadamente verdadeira, ou, ao menos, resultado de trabalho preparatório diligente e fundado em outros dados ou informações concretas — o que significa, inclusive, que o critério da veracidade é considerado cumprido mesmo que, eventualmente, se descubra que a informação veiculada não seja realmente verdadeira (BARROSO, 2004, p. 18-19; CHEQUER, 2010, p. 22 e 60).

A liberdade de expressão, por outro lado, acolhe verdadeiramente toda aquela amplitude mencionada anteriormente, “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do

pensamento humano” (BARROSO, 2004, p. 18). Seguindo a linha adotada pela redação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966, art. 19.2), considera-se que o direito fundamental à liberdade de expressão “compreende tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação, de forma que esta última não seria mais do que uma espécie daquela” (CHEQUER, 2010, p. 21).

Dessa forma, a distinção se faz relevante pois, apesar da coincidência de fundamentos e, em certa medida, do alcance de cada liberdade, o requisito da veracidade não existe quando se trata da liberdade de expressão em sentido estrito, mais preocupada com o compartilhamento de ideias e opiniões do que com a divulgação informativa e objetiva de fatos de interesse público. Nesse sentido, destaca-se, desde já, que a liberdade geralmente oposta ao direito ao esquecimento não é a de expressão em sentido estrito — ou mesmo genericamente considerada — mas sim a de informação, uma vez que, conforme se verá no momento oportuno, a invocação do direito ao esquecimento está intrinsecamente ligada ao exame do interesse público da informação cuja divulgação se pretende limitar (MALDONADO, 2017, p. 75).

Além da liberdade de informação, insere-se também no debate a liberdade de imprensa, com igual fundamento constitucional (BRASIL, 1988, art. 220). Mais restrita que a liberdade de informação, reconhecida genericamente a toda a sociedade, a liberdade de imprensa é aquela conferida aos órgãos de imprensa responsáveis por comunicar fatos e ideias; são as liberdades de informação e expressão reconhecidas, especial e especificamente, aos meios de comunicação em geral (BARROSO, 2004, p. 19; MALDONADO, 2017, p. 65-66). Esta liberdade se justifica, naturalmente, pelo importante papel social — a tarefa de informar — cumprido pela imprensa:

A função indispensável que tem a imprensa no sistema democrático é a função de informação. Se a democracia é o regime no qual os cidadãos decidem as orientações gerais da política interior e exterior, escolhendo com seu voto entre os diversos programas dos candidatos que eles designam para governá-los, esse regime não tem sentido nem pode funcionar no interesse de seus membros sem que os eleitores estejam corretamente informados dos assuntos tanto mundiais como nacionais. Esta é a razão pela qual a mentira é tão grave na democracia, regime que só é viável diante da verdade e leva à catástrofe se os cidadãos decidem sobre informações falsas. (REVEL, 1989, p. 206, *apud* CHEQUER, 2010, p. 25).

A liberdade de imprensa, talvez até mais que a liberdade de informação em sentido amplo, depende, para sua concretização, de uma atuação estatal negativa, garantida constitucionalmente. E o reconhecimento dessa importância de não interferência estatal não se limita à doutrina jurídica. Nesse sentido, Viviane Nóbrega Maldonado (2017, p. 43-45) destaca as definições propostas por David H. Weaver, professor emérito de jornalismo da Universidade de Indiana, nos Estados Unidos, e Robert Stevenson, especialista em jornalismo global. Para este, a liberdade de imprensa consiste no “direito à expressão sem a censura prévia ou a necessidade de autorização governamental, mediante a possibilidade de reparação posterior no caso de violação da lei” (MALDONADO, 2017, p. 44). Para o primeiro, a liberdade de imprensa se concretiza na ausência de restrições à mídia, seja pelo governo ou por qualquer outra forma, e na “presença das condições necessárias para a disseminação de uma diversidade de ideias e opiniões” (MALDONADO, 2017, p. 43).

Diante do exposto, torna-se claro o conflito suscitado nos casos em que se invoca o direito ao esquecimento. Tem-se, dos dois lados do debate, direitos fundamentais, com amparo constitucional: a privacidade, que ganha espaço como potencializadora da própria dignidade humana, e as liberdades de informação e imprensa, postas como pilares fundamentais do próprio sistema democrático adotado pelo Estado brasileiro. Apesar de a resposta não ser clara ou unânime, dependendo, em regra, da análise do caso concreto, parte da doutrina nacional defende que a liberdade de informação, “fundamento para o exercício de outras liberdades”, merece uma posição de preferência em relação aos demais direitos fundamentais (BARROSO, 2004, p. 20).

Essa chamada posição preferencial consiste, em primeiro lugar, na imposição de controles rigorosos, especialmente pelo Judiciário, sobre quaisquer medidas tendentes à restrição das liberdades de comunicação aqui trabalhadas; medidas estas que devem ser, sobretudo, proporcionais — na dimensão tripla de adequação, necessidade e proporcionalidade — e fundadas em “objetivos extremamente importantes, amparados pela Constituição” (SARMENTO, 2016, p. 212-213). Fosse esta a única dimensão da posição preferencial, o conflito não seria tão grande: o peso atribuído à liberdade de informação e de imprensa, por mais elevado que fosse, poderia sucumbir perante o direito ao esquecimento que, como medida restritiva, tiraria seu fundamento constitucional da proteção à intimidade e à vida privada.

Ocorre que, ao mesmo tempo, “a posição preferencial envolve o reconhecimento de uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais, inclusive os que consagram outros direitos da personalidade” (SARMENTO, 2016, p. 213). Dessa forma, o mero caráter constitucional do direito à privacidade — direito da personali-

de — não seria suficiente para afastar o peso das liberdades de informação e imprensa, sempre tendentes a prevalecer em uma ponderação dos princípios em conflito. Como se verá na seção seguinte, estas questões estão no centro do debate sobre o direito ao esquecimento, sua validade e seus limites.

### 1.3 O Direito ao Esquecimento

O respeito à privacidade e à liberdade de informação, ambos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, se configuram não só como elementos imprescindíveis ao Estado Democrático contemporâneo, mas, também, como limites recíprocos. Mesmo quando defendida a posição preferencial *prima facie* da liberdade de informação, é a privacidade um dos fundamentos capazes de, em casos de extrema relevância, afastá-la. Ao mesmo tempo, a condição da intimidade como essencial para a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada para blindar toda e qualquer ação individual do escrutínio público. É neste limite entre as duas liberdades que se insere o direito ao esquecimento.

Como visto anteriormente, é presumida a existência de interesse público na atuação da imprensa, voltada para a divulgação de fatos verdadeiros. Isso porque “a sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias”, cuja “livre circulação [...] é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar” (BARROSO, 2004, p. 27). Ocorre que, especialmente com a inserção da internet — e seu alcance cada vez maior e mais constante — no debate, a questão do interesse público ganha uma nova dimensão: não se trata mais de uma mera análise de veracidade dos conteúdos divulgados pela mídia, mas também de sua contemporaneidade.

O caso clássico sobre o tema é aquele julgado em 1973 pela Corte Constitucional Alemã, o chamado “Caso Lebach” (KOMMERS, 1997, p. 416). Em síntese, um indivíduo havia sido condenado e preso por participar de roubo armado a uma base militar alemã, bem como pelo assassinato de alguns soldados, na mesma ocasião. Tanto o crime como seu julgamento foram alvo de grande atenção midiática à época, o que levou, alguns anos depois, à pretensão de uma emissora alemã de exibir documentário sobre o fato. O condenado, prestes a sair da prisão com o devido cumprimento de sua pena, teria sua imagem e seu nome exibidos no referido documentário, o que o levou a buscar impedir a transmissão do mesmo. Em seu julgamento, a Corte expôs de maneira bastante clara a questão (35 BVerfGE 202, *apud* KOMMERS, 1997, p. 418-419, grifos nossos):

**A public report of a crime** in which the name, likeness or representation of the accused is provided **will always constitute a severe intrusion into his intimate sphere**, given that it publicizes

his misdeeds and conveys a negative image of his person in the eyes of the public. [...]

On the other hand, weighty considerations suggest that **the public should be fully informed of the commission of crimes**, including the identity of the accused and the events which led to the act. Crimes are also part of contemporary history, **the presentation of which is the quintessential task of the media**. [...]

In balancing these interests, [...] **the public interest in receiving information must generally prevail when current crimes are being reported**. If someone breaches the peace by attacking or injuring fellow citizens [...] he must also accept, as a matter of principle, that in a community committed to freedom of communication the public has an interest in receiving information through normal channels about a [criminal] act he himself caused. [...]

The constitutional guarantee of the right of personality does not, however, permit the media, over and above reporting on contemporary events, to intrude indefinitely upon the person and private sphere of the criminal. Instead, **when the public's interest in receiving current information [about the crime] has been satisfied, the criminal's right to be left alone increases in importance** [...]. Once a criminal court has prosecuted and convicted a defendant for an act that has attracted public attention, and he has experienced the just reaction of the community, **any further or repeated invasion of the criminal's personal sphere cannot normally be justified**. [...]

In any case, a televised report concerning a serious crime that is no longer justified by the public's interest in receiving information about current events may not be rebroadcast if it endangers the social rehabilitation of the criminal. **The criminal's vital interest in being reintegrated into society and the interest of the community in restoring him to his social position must generally have precedence over the public's interest in a further discussion of the crime**.

Ou seja, não só a nova divulgação de todos os dados pretendidos prejudicaria o interesse de ressocialização, buscado atualmente no âmbito do direito penal como, mais importante para este trabalho, a informação perdera, ao longo dos anos, aquele significativo interesse público que tornaria imperiosa sua divulgação. É este, essencialmente, o pressuposto fundamental do direito ao esquecimento: “a perda do interesse público quanto a uma determinada informação em razão do mero transcurso do tempo” (MALDONADO, 2017, p. 33).



Em outras palavras, aquele que invoca o Direito ao Esquecimento reconhece a relevância de uma determinada informação no tempo passado, mas sustenta que o interesse público deixou de existir em função da fluência temporal. (MALDONADO, 2017, p. 33).

Ressalte-se, ainda, que o Caso *Lebach* está intrinsecamente ligado à questão penal, o que não é verdade em todos os casos de direito ao esquecimento. Portanto, se mesmo uma questão de tamanha relevância como o cometimento de um crime pode ser “esquecida”, caso sua divulgação se revele, no caso concreto, prejudicial, é razoável que situações menos graves também o possam ser, independentemente de qualquer preferência atribuída à atuação da imprensa. E a discussão sobre o direito ao esquecimento tampouco se restringe ao cumprimento da pena — ou, realmente, de qualquer outra obrigação legal —, podendo admitir, “em tese, a discussão sobre a validação do arrependimento quanto a erros passados, [todas estas] causas a justificar a possibilidade de negativa de acesso, por parte de terceiros, [a] informações pretéritas” (MALDONADO, 2017, p. 96).

Como se verá ao longo deste trabalho, a construção de um direito ao esquecimento não se trata de definir a prevalência absoluta de um dos direitos em conflito, mas, na verdade, de entender em quais casos cada um deles merece maior proteção, e como a passagem do tempo opera sobre o direito à privacidade e o interesse público capaz de justificar a liberdade de imprensa.

Importante notar, também, que o reconhecimento da influência da passagem do tempo sobre o interesse público informacional pode ter efeitos reconhecidos para ambos os lados. Nesse sentido, verifica-se que a mesma Corte Constitucional Alemã analisou, em 1999, o caso *Lebach II*, também sobre exibição de programa sobre o mesmo crime. Neste momento, entretanto, a decisão foi no sentido contrário e a veiculação do programa foi permitida, especialmente porque “neste novo programa, ao contrário do primeiro, não haveria o mesmo risco para a ressocialização dos autores do crime, pois já haviam decorrido muitos anos desde a sua soltura” (SARMENTO, 2016, p. 219). A fluência do tempo retira o interesse público da informação quando há riscos maiores envolvidos, mas a mesma fluência do tempo retorna este interesse à informação quando, ultrapassados os riscos, ela adquire caráter mais tradicionalmente histórico.

No Brasil, a discussão relativa ao direito ao esquecimento ganhou maior visibilidade em 2013, ocasião em que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça mencionou o referido direito de maneira expressa — algo até então inédito — em duas de suas decisões. Os chamados “Caso Aída Curi” (REsp 1335153/RJ) e “Caso Chacina da Candelária” (REsp 1334097/RJ), ambos originados no Rio de Janeiro, marcaram a primeira discussão explícita sobre o tema por uma

corde superior no país, e serão analisados mais detidamente na seção 3 do presente trabalho. Ressalte-se, desde já, que ambos os casos tratam — assim como o Caso *Lebach* — de divulgação de reportagem televisiva, sequer adentrando, portanto, a possibilidade de reconhecimento do direito em âmbito digital. Ainda assim, por mais que, reconhecidamente, as principais questões e o maior potencial para debates se concentrem efetivamente no ambiente da internet (MALDONADO, 2017, p. 30), as decisões do STJ ajudam a revelar os aspectos diversos da discussão, para não mencionar a relevância de seu já mencionado pioneirismo.

A novidade da discussão em âmbito judicial não significa, entretanto, que fosse completamente inédita no Brasil. A doutrina já tratava do tema, que veio inclusive a ser objeto dos Enunciados 531 e 576, aprovados na VI e VII Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo CJF, respectivamente, em março de 2013 e setembro de 2015, segundo os quais “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (VI JORNADA..., 2013, p. 89) e “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (VII JORNADA..., 2015, p. 17). A justificativa apresentada para o Enunciado 531 revela, uma vez mais, a internet e as novas tecnologias como principais motivadoras da discussão sobre o direito ao esquecimento, mas não deixa de reconhecer a abrangência do tema:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (VI JORNADA..., 2013, p. 89).

Relevante mencionar, ainda, o fato de o direito ao esquecimento ser, no contexto brasileiro atual, fruto meramente de construção jurisprudencial e doutrinária, não encontrando respaldo explícito em norma constitucional ou infraconstitucional. Este fator, por um lado, abre espaço para que os críticos defendam que o direito ao esquecimento não só carece de qualquer previsão normativa como, tampouco, pode ser extraído do ordenamento jurídico pela via interpretativa, sendo absolutamente incompatível com o sistema constitucional brasileiro (SARMENTO, 2016, p. 214). Ainda assim, os defensores da tese do direito ao esquecimento são capazes de indicar uma base principiológica

bastante significativa para o referido direito, ancorando-o principalmente na própria dignidade da pessoa humana e no direito à privacidade:

Na perspectiva da sua justificação constitucional e tal como o demonstra a experiência germânica, o reconhecimento do direito ao esquecimento radica na dignidade da pessoa humana, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e nos direitos especiais de personalidade, como é o caso dos direitos à vida privada, honra e imagem e do direito à autodeterminação informativa. (SARLET, 2018b, p. 496).

A nível internacional, a discussão sobre o direito ao esquecimento é decididamente mais antiga. A União Europeia é, como um todo, pioneira no tema. *Lebach* é o caso mais conhecido, mas, historicamente, as origens intelectuais do direito ao esquecimento estão enraizadas não na Alemanha, mas na França, que há muito contava com direito semelhante em seu ordenamento, *le droit à l'oubli* (WALKER, 2012, p. 272). Se relacionava inicialmente, de maneira mais restrita, com as condenações criminais, refletindo a ideia de que “uma vez que a pessoa tenha obtido sua reabilitação, deve estar livre da possibilidade de que o passado criminoso macule sua reputação de forma perene” (MALDONADO, 2017, p. 102), mas não há dúvida de que já evoluiu para muito além disso:

Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. [...]

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam resuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas. (SCHREIBER, 2014, p. 173).

Por mais que se ressalte a importância crescente do reconhecimento de um direito ao esquecimento, é natural que a ideia não esteja livre de críticas. Menciona-se o risco de autoritarismo e a censura — “na hipótese de prevalência da tese de um direito ao esquecimento [...] jornalistas, historiadores, artistas, cineastas hesitarão, permanecendo sob a ameaça de futuras condena-

ções judiciais” (PINHEIRO; NETO, 2014, p. 825); menciona-se a incompatibilidade de tal direito com um sistema democrático que valoriza sua História e o oportunismo de políticos e poderosos que abusariam do direito para limpar sua ficha e “[impor] mordanças aos críticos e meios de comunicação” (SARMENTO, 2016, p. 193). Destaca-se a grande subjetividade inerente às decisões diante da quase impossibilidade de definição dos limites do direito ao esquecimento (LEMO, 2014, *apud* SARMENTO, 2016, p. 193), bem como o risco de se restringir direitos fundamentais através de parâmetros imprecisos e indeterminados, já que “uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados alarga potencialmente a margem de actuação restritiva dos poderes constituídos [...] e gera efeitos inibitórios no lado do exercício destas liberdades” (NOVAIS, 2003, *apud* SARMENTO, 2016, p. 193).

Em entrevista concedida em 2016, a advogada colombiana e ex-relatora especial para liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, Catalina Botero, se posicionou firmemente contra o direito ao esquecimento — o qual, afirmou, não existe — em um sopesamento entre este “direito que ninguém sabe onde começa, onde termina, em que consiste” e direitos mais consistentes e tradicionais, “que são essenciais numa democracia”:

É uma construção recente, uma categoria ambígua, que efetivamente se presta em alguns países, como o Brasil e o Chile, para decisões que censuram informações que o público tem o direito de conhecer. Em outros, onde não se aceitou a categoria, como a Colômbia e a Argentina, o que acontece é que os casos estão se resolvendo de maneira mais razoável, por exemplo, com a defesa da intimidade e o direito ao bom nome. Eles foram resolvidos com as categorias tradicionais do direito constitucional, sem gerar ações de censura. (BOTERO, 2016).

Ainda que válida, a crítica parece um pouco exagerada. É certo que o direito ao esquecimento é, ainda, conceito indefinido e de limites incertos, mas a solução deve ser diametralmente oposta àquela defendida pela advogada: ao invés de tratá-lo como inexistente, que sejam promovidas mais discussões para sua melhor definição; ao invés de descartá-lo de plano como instrumento de censura, que se estude a maneira como ele pode vir a complementar os direitos “mais tradicionais”, não para minar as liberdades comunicativas, mas para fortalecer as proteções individuais. Se a defesa da intimidade e do bom nome são capazes de limitar a liberdade de expressão sem receber o rótulo de censura, certamente é possível chegar a um conceito de direito ao esquecimento

que também o seja, especialmente para os casos nos quais essas categorias tradicionais não sejam suficientes — o que se torna um risco cada vez maior no arquivo perpétuo que é a internet.

Diante de todo o exposto, portanto, pode-se afirmar que todas estas críticas são devidamente consideradas pela doutrina do direito ao esquecimento, mesmo que não haja ainda respostas definitivas ou ideais para cada uma delas. Percebe-se, de plano, a tendência dos críticos em tratar o direito ao esquecimento como algo absoluto quando, na verdade, se configura como direito dependente da análise do caso concreto. E, se esta análise pode sofrer interferência de arbitrariedades judiciais, ao mesmo risco estão suscetíveis todas as outras questões submetidas à apreciação do Judiciário — a ponderação entre direitos fundamentais é uma realidade no ordenamento brasileiro, e o direito ao esquecimento não se propõe a nada além dela.

É certo, ainda, que o reconhecimento deste direito não tem qualquer pretensão de permitir que se apague ou reescreva a História, ou que se censure fatos atuais e de relevante interesse público. Na verdade, o que se pretende assegurar “é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” e, isso, por meio de ponderação que pode perfeitamente, diante do caso concreto, dar preferência às liberdades informativas (SCHREIBER, 2014, p. 174). Mas, se o direito ao esquecimento é ainda uma garantia incipiente fundada em conceitos ainda em construção (MALDONADO, 2017, p. 24), não há dúvida de que este é o melhor momento para se levantar essas questões e criticar o que já foi construído, possibilitando que preocupações legítimas ajudem a delinear o direito que, aparentemente, seguirá sendo reconhecido.

Finalmente, é importante compreender também que este caráter de “novidade” atribuído ao direito ao esquecimento se deve, em parte, ao que alguns autores identificam como uma confusão conceitual. Viviane Reding, ex-Vice-Presidente e Comissária Europeia da Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, descreveu esse direito como a faculdade garantida ao indivíduo de conseguir a remoção de dados pessoais seus de algum sistema quando não haja mais razão legítima para sua manutenção. No mesmo sentido, o pesquisador inglês Paul Bernal, criticando o nome dado ao direito, propõe que se fale em um *right to delete*, um direito a apagar: “*A right to be forgotten looks like the rewriting or erasing of history, or a kind of censorship. The right to delete is about the control of data, not about censorship — and if properly understood and implemented is not in conflict with freedom of expression*” (BERNAL, 2014). O americano Jeffrey Rosen, por outro lado, descreve o direito ao esquecimento como a maior ameaça à liberdade de expressão online da próxima década. Quando um lado do debate fala em proteção de dados e o outro em ameaças a liberdades

fundamentais, o que ocorre na verdade, como se verá, é algo além de meras distinções de pontos de vista.

O próprio nome “direito ao esquecimento”, como já mencionado, traz conotações equivocadas e receios plenamente justificados. Além disso, vários direitos distintos acabam sendo propostos e debatidos sob o mesmo nome, o que apenas dificulta o diálogo. Rolf H. Weber, por exemplo, diferencia o *right to forget* (direito de esquecer, de um evento não ser lembrado, com a passagem do tempo, pela perda de sua atualidade) do *right to be forgotten* (direito de ser esquecido, relacionado diretamente ao controle individual de informações e dados pessoais) (ACIOLI; JÚNIOR, 2018). José Augusto Costa e Geraldo Miniuci (2018, p. 428), por sua vez, classificam as abordagens jurisprudencial e doutrinária (no Brasil) como “excessivamente enviesadas e limitadas”, afastando-se da noção do esquecimento propriamente dito para se insistir em questões de direitos da personalidade que, realmente, não teriam necessidade de buscar figura jurídica nova para serem resolvidas: “basta a reafirmação dos direitos já legal e constitucionalmente estabelecidos à intimidade e à privacidade, com alguns ajustes técnicos e quantitativos, sobretudo no que se refere às mídias digitais”. W. Gregory Voss e Céline Castets-Renard defendem, em sentido distinto, que o que se chama genericamente de “direito ao esquecimento” corresponde, na verdade, a um grupo de direitos, com origens, características e até mesmo aplicações distintas:

The term “right to be forgotten” is used today to represent a multitude of rights, and this fact causes difficulties in interpretation, analysis, and comprehension of such rights. These rights have become of utmost importance due to the increased risks to the privacy of individuals on the Internet, where social media, blogs, fora, and other outlets have entered into common use as part of human expression. (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016).

Nesse sentido, os autores se propõem ao desenvolvimento de uma taxonomia para o direito ao esquecimento, identificando suas ramificações tanto na internet como fora dela, e abrangendo desde a reabilitação típica do direito penal até a mera desindexação de resultados nos provedores de busca e o próprio apagamento de dados, tão criticado pela literatura (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016). Bruno Acioli e Marcos Augusto Júnior sintetizam, de maneira bastante compreensiva, os cinco significados atribuídos por Voss e Castets-Renard para o direito ao esquecimento (2018, p. 394-398):

1. O **direito à reabilitação** é aquele com origens no direito penal; “é o direito de se esquecer o passado criminal de uma pessoa que já cum-

priu sua pena perante a Justiça ou que foi absolvida do crime o qual foi imputada” — seria a faceta do direito ao esquecimento discutida, principalmente, no caso *Lebach*;

2. O **direito ao apagamento**, ainda que ganhe especial atenção na era digital — especialmente, no contexto europeu, em razão da Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE e do GDPR, que a substituiu — abrange o tratamento de dados pessoais de forma ampla, refletindo “[a] preocupação com o uso e o destino das informações sobre pessoas naturais [que] existe desde a formação do *Welfare State* nas democracias liberais, o qual, em razão de suas políticas sociais, ampliou, maciçamente, a coleta e a abrangência dos cadastramentos dos usuários de serviços públicos”;
3. O **direito à desindexação** “é a forma de direito ao esquecimento de maior repercussão no debate jurídico atualmente, em especial depois do caso *Google Spain*”, e representa uma forma mais branda de aplicação do esquecimento, genericamente falando, na internet, na medida que não implica no apagamento propriamente dito das informações, mas na sua mera remoção de determinados resultados de busca em plataformas como o Google;
4. O **direito à obscuridade** “é um direito ‘nascente’ proposto por juristas americanos como uma alternativa aos modelos de direito ao esquecimento aplicados na Europa continental e em outros países de tradição *civil law*”, o qual pretende resolver os conflitos com a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda e a rejeição norte-americana de um direito à desindexação através de uma alternativa pela qual “as informações não seriam apagadas ou desindexadas, mas, por uma combinação de fatores técnicos, [tornadas] relativamente difíceis de se encontrar na rede, ou seja, ficariam [obscuras]”;
5. O **direito ao esquecimento digital**, proposto inicialmente por Mayer-Schönberger, consiste em “uma mudança no código usado pelos softwares e aplicações na internet, por meio do acréscimo de metadados para o seu apagamento, de modo que todas as informações compartilhadas estariam sujeitas a uma data de expiração a ser inserida, no arquivo, pelo próprio usuário”, e representa um ideal de reflexão, por parte dos usuários, quanto ao problema da chamada “memória digital permanente”.

Enquanto estes últimos são, naturalmente, direitos inerentes ao ambiente digital, os dois primeiros têm origens legislativas e jurisprudenciais muito mais antigas, a exemplo, novamente, do caso *Lebach* e do *droit à l’oubli* francês. Ain-

da assim, o próprio direito ao apagamento ganha novos contornos na Era Digital, conforme será visto mais adiante, e é, à primeira vista, o que mais poderia se aproximar da visão dos críticos, uma vez que atinge diretamente a origem dos dados e informações e, como indica o próprio nome, implica na sua remoção. Os outros direitos tentam, de maneira geral, encontrar medidas intermediárias, promovendo o esquecimento sem chegar ao extremo do apagamento.

Nas próximas seções deste trabalho, serão analisadas mais detidamente as origens e configurações atuais do direito ao esquecimento tanto no Brasil como nos Estados Unidos e na Europa, e será possível identificar melhor, em cada caso, as distinções entre esses significados propostos por Voss e Castets-Renard em sua taxonomia. Mas, ressalvada a grande importância dessa terminologia para a melhor compreensão dos direitos e conflitos em jogo, é essencial ter em mente que, nos tribunais e nos órgãos legislativos, o direito ao esquecimento segue sendo tratado, em geral, como instituto singular.

## **2. A Construção do Direito ao Esquecimento em Âmbito Internacional**

O direito ao esquecimento, como visto, tem suas raízes na Europa — na França, na Alemanha. Mas tem raízes também nos Estados Unidos, que em 1931 já discutiam, muito antes de *Lebach*, a possibilidade de um indivíduo não ser lembrado e marcado por fatos de seu passado, que não mais correspondem à realidade. Ocorre que, em virtude de tradições jurídicas e da valorização de princípios fundamentais distintos, a discussão quanto ao esquecimento tomou rumos bastante divergentes em cada uma dessas regiões. Enquanto na Europa continental o debate é pautado especialmente pela valorização do direito fundamental à privacidade como, inclusive, direito à autodeterminação informativa (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 107-108; ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 386), nos Estados Unidos esse mesmo debate ocorre à sombra da Primeira Emenda à Constituição e, portanto, da liberdade exacerbada de expressão e da imprensa.

Desde os anos 1980 os países europeus demonstravam uma preocupação maior com o controle individual das informações sobre si, aprovando leis nesse sentido que começaram a distanciá-los, portanto, do conceito clássico de privacidade americano do “direito de ser deixado em paz” articulado por Warren e Brandeis (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 386-387). Nos Estados Unidos não há essa mesma preocupação: a própria proteção da privacidade resulta majoritariamente de reconhecimento jurisprudencial, estando apenas implícita no texto constitucional e constando de legislação esparsa e não unificada devido, sobretudo, à concorrência de competências legislativas entre a União e os Estados-membros, os quais concentram muito mais poder (LIMA, 2020, p. 97-103). Isso não impede que haja jurisprudência norte-americana relevante tangenciando



o tema do esquecimento, como se verá, mas não há nada que se compare ao contexto europeu de fortalecimento da proteção de dados pessoais, ao qual o direito ao esquecimento vem se mostrando cada vez mais atrelado:

Cécile de Terwangne argumenta que o direito ao esquecimento, que uma vez já foi totalmente associado à ideia de passagem do tempo, significa, hoje, uma parte importante do direito de um indivíduo à sua autodeterminação informativa. Ou seja, é muito mais do que a quebra de um elo entre passado e presente, mas a possibilidade do exercício pessoal de uma autonomia informacional. (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 387).

E essas duas perspectivas exercem, cada uma a seu modo, influência sobre a ordem jurídica brasileira. A tradição norte-americana pode se demonstrar mais preponderante no que diz respeito à prevalência das liberdades comunicativas (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 218), defendida por alguns juristas brasileiros como direito preferencial sobre os outros direitos fundamentais e da personalidade, mas, ao mesmo tempo, vem crescendo no cenário nacional a preocupação europeia com a proteção de dados pessoais e, sobretudo, com o interesse público como critério de legitimidade dominante para as manifestações de pensamento e da imprensa. E esta preocupação se revela ainda maior quando a discussão é transposta das mídias tradicionais para o meio digital, a exemplo do Marco Civil da Internet (MCI), de 2014, preocupado em regular as relações estabelecidas na rede, e, ainda mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Nesse contexto, “o direito ao esquecimento passa a ser vital para a compreensão de quais conteúdos devem permanecer na rede, ampliando os horizontes de seu contexto inicial, de ressocialização de condenados” (LIMA, 2020, p. 52-54).

Assim, ganha relevância para este trabalho o estudo, também, da maneira como o direito ao esquecimento se revela nestes ordenamentos estrangeiros. No caso da União Europeia, a discussão estará mais centrada no direito ao esquecimento digital, que tem se mostrado protagonista e, como se verá, não deve demorar a chegar também ao Brasil. No caso dos Estados Unidos, ao contrário, a discussão se voltará especialmente para aquelas origens jurisprudenciais do direito ao esquecimento, quando sequer recebia essa denominação, a partir de casos que evidenciam bem o conflito com a liberdade de expressão que pauta toda a discussão norte-americana do tema.

## 2.1 União Europeia e o Direito ao Esquecimento na Internet

Em que pese a existência do *droit à l'oubli* e de casos como *Lebach*, a discussão do direito ao esquecimento como categoria independente na União Europeia

é muito mais moderna, surgindo e persistindo em função da internet e de suas implicações sobre o compartilhamento e manutenção de informações. Não é à toa que o caso mais célebre, na discussão moderna sobre o tema, envolve justamente a faceta de “direito à desindexação” do direito ao esquecimento: trata-se de *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González* (“Google Spain”), julgado em 13 de maio de 2014 pelo TJUE. O professor Gustavo Binimbo ressalta que o caso é muito mencionado e pouco lido no Brasil, destacando-o como representativo da problematidade e amplitude do parâmetro do interesse público (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 42). Críticas à parte, fato é que o caso é, realmente, mencionado em toda discussão atual relativa ao direito ao esquecimento, e merece maior atenção.

O caso tem início em 2010, quando o espanhol Mario Costeja González apresenta à AEPD, dentro do contexto de proteção de dados pessoais vigente à época (positivado na Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), uma reclamação contra o jornal *La Vanguardia Ediciones SL* e o Google. Segundo o reclamante, a busca de seu nome na plataforma do Google resultava em *links* para duas matérias do referido jornal datadas de 1998, “nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social” (*Google Spain*, item 14). Decorrido tanto tempo desde a conclusão do processo, o Sr. González alegava, naturalmente, que as matérias não eram mais de interesse público, e gostaria de ver seu nome desassociado de tais fatos (reconhecida-mente verídicos). É um caso por excelência de direito ao esquecimento, que ilustra perfeitamente aquela ideia de que “a internet não esquece” — Mario Costeja não era figura pública, e sua evidência na mídia se deu em razão de fatos que, não fosse a capacidade de arquivamento obtida com o desenvolvimento tecnológico, dificilmente voltariam a ser lembrados.

A pretensão do reclamante era, na origem, dupla: contra *La Vanguardia* pleiteava efetivamente o apagamento de seus dados, pela supressão ou alteração das matérias objeto da controvérsia; contra o Google, buscava o direito de desindexação, solicitando “que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da *La Vanguardia*” (*Google Spain*, item 15). A primeira parte da reclamação foi indeferida, dada a justificativa legal de veiculação daqueles fatos à época — note-se, neste ponto, que não houve nova veiculação, os resultados da busca simplesmente apontavam para as páginas antigas. Quanto à obrigação de desindexação, no entanto, a AEPD considerou válida a aplicação da Diretiva 95/46/CE aos motores de busca, deferindo o pedido de González. Houve recurso, ainda em âmbito da jurisdição espanhola, para a *Audiencia Na-*

*cional*, que, conforme a organização sistemática da União Europeia, suspendeu o julgamento a fim de remeter a questão ao TJUE para que se pronunciasse.

Nesse contexto das chamadas “questões prejudiciais”,<sup>10,11</sup> foram submetidos três questionamentos ao TJUE. O primeiro versava sobre a aplicabilidade territorial da Diretiva em questão, uma vez que a atuação de mecanismos como o Google é, por natureza, internacional; o segundo versava sobre a possibilidade de enquadramento do motor de busca como fornecedor de conteúdos para os fins da norma protetiva de dados, de modo a poder impor-lhe as obrigações nela prescritas; e o terceiro tratava, finalmente, do direito ao esquecimento em si — extraído, no contexto da Diretiva 95/46/CE, do dispositivo relativo ao apagamento de dados pessoais, não havendo ainda menção expressa ao esquecimento:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas web de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada lícitamente por terceiros? (*Google Spain*, item 20.3).

Uma das principais linhas de defesa apresentadas pelos advogados do Google no caso é representada pela tese de que os motores de busca não seriam produtores de conteúdo ou — especialmente no contexto da legislação de proteção de dados — responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, mas,

10 ARTIGO 267 DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. [...]

11 Ao TJUE são atribuídas, fundamentalmente, duas funções: uma declarativa e outra contenciosa. É no âmbito de sua atuação declarativa que se inserem as questões prejudiciais, decididas “a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do Direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições” — isto é, questões relativas à identificação ou interpretação do direito eurocomunitário aplicável a caso concreto submetido ao Judiciário de um dos Estados-Membro. (DUARTE, 2017, p. 243-244).

ao contrário, meros intermediários entre o conteúdo disponibilizado livremente na internet e os usuários pesquisadores, o que afastaria sua responsabilidade (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 222-224). Alvo de críticas por não refletir adequadamente o verdadeiro papel dos motores de busca, esse mesmo entendimento é replicado no Brasil, mesmo no contexto ainda incipiente da discussão voltada especificamente ao âmbito da internet: mesmo antes de falar em “direito ao esquecimento”, o STJ já tratara do papel dos provedores de pesquisa no famoso “Caso Xuxa” (REsp 1.316.921/RJ, julgado em 26/06/2012), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ocasião em que entendeu pela não responsabilização do Google:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. [...]

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, **seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados**. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. **Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão**, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. [...] (REsp 1316921/RJ, grifos nossos).

Qualquer medida visando a remoção de conteúdo (ilícito), portanto, deveria ser buscada diretamente contra o responsável originário por sua veiculação.

Quatro anos mais tarde, já na vigência do Marco Civil da Internet e após o julgamento do TJUE, a Terceira Turma voltou a analisar a questão, também sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no AgInt no REsp 1.593.873/SP. Além de reiterar o entendimento anterior quanto ao papel e atividade dos provedores de busca, a decisão ressaltou que nem a edição do MCI nem a evolução doutrinária e jurisprudencial (especialmente no caso *Google Spain*) seriam capazes de alterar o cenário brasileiro, que ainda não contava com lei específica para a proteção de dados pessoais — ainda que tenha reconhecido, em tese, e existência de um direito ao esquecimento na internet “quando as circunstâncias assim determinarem” (LIMA, 2020, p. 44-50). E a questão ainda não está consolidada: em 2018 prevaleceu entendimento favorável ao direito ao esquecimento na forma permissiva da desindexação de resultados de busca;<sup>12</sup> além disso, a edição da nossa própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), que deve entrar em vigor em maio de 2021, ocasionou uma discussão renovada sobre o tema, como se verá.

Voltemos, portanto, à decisão do TJUE. O acórdão começa por destacar os dispositivos relevantes ao caso. Antes mesmo de adentrar os artigos da Diretiva 95/46/CE, no entanto, já ressalta como os seus próprios “considerandos”

12 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. [...] 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. [...] (REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018).

dispõem que os mecanismos de tratamento de dados devem atuar em função da proteção de liberdade individuais e do respeito à vida privada, e não apesar delas. E esse objetivo fica ainda mais claro no artigo 1º da Diretiva, segundo o qual “os Estados-membros assegurarão [...] a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”. Essa é a base sobre a qual o direito ao esquecimento vem sendo construído na União Europeia: não o medo de censura ou de limitar a liberdade de informação, mas a preocupação, em última instância, com as pessoas. Nesse sentido, os artigos 7º e 9º da Diretiva (grifos nossos):

Artigo 7º — Os Estados-Membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se: [...] f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, **desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa**, protegidos ao abrigo do n.º 1 do artigo 1.º

Artigo 9º — Os Estados-Membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, **apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão**.

Adentrando, enfim, a questão central do caso, o TJUE se debruça sobre o artigo 12 da Diretiva, que prevê a possibilidade de apagamento dos dados cujo tratamento seja incompatível com o restante da norma. Para o Tribunal, esta incompatibilidade não se refere exclusivamente à inexatidão ou incompletude dos dados, mas, especialmente, “também do facto de serem inadequados, não pertinentes ou excessivos atendendo às finalidades do tratamento, de não estarem atualizados ou de terem sido conservados durante um período de tempo superior ao necessário” (*Google Spain*, item 92). Ou seja: reconhece expressamente que o decurso do tempo tira a legitimidade de ato anteriormente lícito. E mais: faz ressalva, logo em seguida, dos casos em que a conservação dos dados “se imponha para finalidades históricas, estatísticas ou científicas”, ou, ainda, que os dados em questão digam respeito às pessoas públicas, delimitando de maneira bastante clara (ainda que não tão objetiva, naturalmente) o critério do interesse público tão criticado por Binenbojm. E segue o Acórdão para sua conclusão (grifos nossos):

96 Atendendo ao exposto, no âmbito da apreciação dos pedidos apresentados contra um tratamento como o que está em causa no processo principal, **importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome** através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome. A este respeito, **importa sublinhar que a constatação desse direito não pressupõe que a inclusão da informação em questão na lista de resultados cause prejuízo à pessoa em causa.** [...]

98 Tratando-se de uma situação como a que está em causa no processo principal, que diz respeito à exibição, na lista de resultados que o internauta obtém ao efetuar no Google Search uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, de ligações a páginas de arquivos em linha de um jornal que contém anúncios que mencionam o nome dessa pessoa e que respeitam a uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, **há que considerar que, tendo em conta o caráter sensível, para a vida privada dessa pessoa, das informações contidas nesses anúncios e o facto de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, a pessoa em causa tem comprovadamente direito a que essas informações já não sejam associadas ao seu nome através dessa lista.** Por conseguinte, na medida em que, **no caso em apreço, não parece haver razões especiais que justifiquem um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito dessa pesquisa,** o que, todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a pessoa em causa pode, ao abrigo dos artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46, exigir a supressão das referidas ligações dessa lista de resultados.

Reconhecido, portanto, o direito ao esquecimento na forma do direito à desindexação, com fundamento: (i) no fato de que os provedores de busca efetivamente realizam um tratamento de dados; (ii) no tempo decorrido desde a publicação original, válida à época; e (iii) na perda do interesse público, justamente por esse decurso do tempo, uma vez que Mario Costeja não era figura pública e os fatos expostos não tinham qualquer caráter histórico relevante. Conforme mencionado anteriormente, a decisão é paradigmática e seu entendimento já se difundiu para além da União Europeia. Ainda assim, não poderia deixar de ser livre de críticas, seja por ter delegado o poder de sopesamento de

direitos fundamentais a uma empresa privada como o Google — ou outros buscadores, também sujeitos à decisão — (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 397), seja por oportunizar novamente que a informação “esquecida” seja posta em evidência quando, sendo comunicado pelo Google da desindexação, o responsável pela publicação original decida renová-la (GONÇALVES, 2016, p. 44-45) — dando foco, agora, à própria desvinculação do resultado de busca, fato contemporâneo e, possivelmente, abarcado no interesse público da atividade jornalística.

Isso para não mencionar as críticas não específicas à desindexação, mas relativas ao direito como um todo — a censura, sim, mas também a proposição de outros meios supostamente mais razoáveis para a solução do problema, tais como a valorização do direito de resposta. Apesar de tudo, o direito ao esquecimento nos moldes delimitados pelo TJUE em *Google Spain* tem vantagens consideráveis — ainda que não necessariamente aplicáveis às outras hipóteses de reivindicação do esquecimento: primeira, e isso é essencial, que “o direito de desvinculação não envolve um ato de censura, **pois a informação não é removida da web**, permanecendo disponível no web site do terceiro que a publicou” (GONÇALVES, 2016, p. 44, grifos nossos); segunda, que a União Europeia reafirmou, com essa decisão, a importância das regras de autodeterminação informativa, perdida de forma rápida e até mesmo inconsciente, para muitas pessoas, em decorrência do mero desenvolvimento da internet e do modelo de negócios do Google (GONÇALVES, 2016, p. 44-45).

A decisão de *Google Spain* produziu, ainda, dois efeitos relevantes, que passam a ser brevemente apresentados. O primeiro deles diz respeito à postura do Google após o julgamento, a qual contribui, em certa medida, para alçar o direito à desindexação a uma das formas mais associadas, atualmente, ao direito ao esquecimento online: de forma a viabilizar as demandas de retirada de conteúdo, a plataforma passou a disponibilizar um formulário digital para receber os pedidos extrajudicialmente, facilitando o exercício do direito reconhecido pelo TJUE (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016, p. 325). Em uma “enxurrada de requisições” vinda de todos os países integrantes da União Europeia, foram formulados mais de 70.000 pedidos apenas no primeiro mês, número que cresceu para mais de dois milhões até abril de 2017. Desse montante, entretanto, “mais da metade (56,9%) das URL avaliadas *não* foram removidas, em atenção à política de ‘considerar os direitos do indivíduo, bem como o interesse público no conteúdo’” (LIMA, 2020, p. 84-85). Ao que tudo indica, portanto — em que pesem os receios bastantes válidos quanto à atribuição ao Google desta função —, o direito à desindexação não vem sendo concedido de maneira irrestrita, e os casos, ainda que numerosos, são avaliados conforme os critérios estabelecidos pelo Tribunal.

O segundo efeito, ironicamente, é o nível de publicidade ao qual foi alçado o caso de Mario Costeja. Mesmo assegurado o direito de ter seu nome



desvinculado daquelas antigas dívidas, as informações passaram a ter repercussão muito maior do que estavam tendo quando o reclamante solicitou sua exclusão, pelo simples fato de estarem no centro dessa decisão paradigmática difundida a nível global. Trata-se do chamado “*Streisand effect*”,<sup>13</sup> fenômeno facilitado pela internet e pelo qual a tentativa de suprimir determinada informação produz justamente o efeito oposto, atraindo mais atenção e notoriedade à ela (MERRIAM-WEBSTER). Tal efeito, efetivamente contrário aos interesses de González, é mencionado por diversos críticos do direito ao esquecimento como um dos grandes obstáculos à sua concretização: a divulgação do direito anularia, em última análise, o efeito de sua concessão.

Ainda assim, o caso *Google Spain* deve ser visto não como a regra, mas como uma exceção. Enquanto o direito ao esquecimento está em seus estágios iniciais de discussão e delimitação, é natural que os casos que o suscitam atraiam mais atenção e tenham sua divulgação justificada por renovado interesse público — que foi, inclusive, a justificativa utilizada pela AEPD para negar novos pedidos de esquecimento a Mario Costeja (PEGUERA, 2015). Conforme a concessão do direito ao esquecimento se torne mais corriqueira, entretanto, deixará de ser notícia, e o direito poderá cumprir satisfatoriamente seus objetivos: é o que revela o exemplo do Google na Europa, com seus milhares de casos de desindexação de URL que permanecem, para o público em geral, completamente anônimos. O infortúnio de Mario Costeja foi apenas o de ter sido o primeiro.

Para além de *Google Spain*, a discussão do direito ao esquecimento na União Europeia já ganhou um novo desdobramento: a Diretiva 95/46/CE, que fundamentou a decisão do TJUE no caso, foi revogada e substituída pelo Regulamento (UE) 2016/679, o GDPR, que entrou em vigor em 24 de maio de 2016 e passou a produzir efeitos dois anos depois, em maio de 2018. Se a discussão no âmbito da Diretiva era mais interpretativa e derivada da proteção mais genérica aos direitos individuais (GONÇALVES, 2016, p. 51-52), há uma nítida mudança no contexto do GDPR, que se refere expressamente a um “direito ao apagamento dos dados (‘direito a ser esquecido’)”, aplicável, dentre outros, quando o titular dos dados retira seu consentimento ou quando finda a necessidade ou finalidade que motivou a sua recolha para tratamento (artigo 17). Ao

13 “*The Streisand mentioned is not an economist or sociologist, but Babs herself: the singer Barbra Streisand. In 2003, she sued photographer Kenneth Adelman for photographing her Malibu beach house from the air. (Adelman had been photographing the whole coastline in the hopes of documenting erosion.) He put the pictures online, and Streisand sued to have them taken down. Prior to the suit, only a handful of people had seen the photo, but once news of the suit broke, hundreds of thousands of people sought it out online, and the photo suddenly proliferated in forums and on sites. Streisand and her lawyers had inadvertently brought attention to the picture they wanted removed.*” (MERRIAM-WEBSTER)

introduzir este dispositivo, Viviane Reding deu especial ênfase à necessidade de devolver aos indivíduos o controle sobre suas próprias informações no ambiente virtual (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016, p. 306). Relevante conferir a redação específica do artigo 17, que delimita de maneira bastante compreensiva as possibilidades de exercício do direito (grifos nossos):

**Artigo 17.º — Direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”)**

1. O titular tem o **direito** de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a **obrigação de apagar os dados pessoais**, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

a) Os dados pessoais **deixaram de ser necessários** para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

b) O titular **retira o consentimento** em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;

c) O titular **opõe-se ao tratamento** nos termos do artigo 21.º, n.º 1, **e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem** o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.º 1 e 2 **não se aplicam** na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao **exercício da liberdade de expressão e de informação**;
- b) Ao **cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento** prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao **exercício de funções de interesse público** ou ao **exercício da autoridade pública** de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por **motivos de interesse público no domínio da saúde pública**, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3;
- d) Para fins de **arquivo de interesse público**, para fins de **investigação científica ou histórica** ou para fins **estatísticos**, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
- e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

O dispositivo concretiza, simultaneamente, tanto a vontade do indivíduo como a preservação das liberdades informativas e da História da sociedade. É verdade que o “interesse público” continua sendo critério aberto, mas se apresenta, aqui, de maneira bastante ponderada, como justificativa tanto para a concessão como para a limitação do escopo do esquecimento. Mais do que isso, é utilizado, ao que parece, no grau máximo que seria possível em norma positiva: como já se viu em *Lebach* e em *Google Spain*, e se verá, ainda, no decorrer deste trabalho, é inevitável que a análise do interesse público seja realizada caso a caso, pois nenhuma regra será capaz, naturalmente, de abarcar todas as particularidades que contribuem, diante de fatos concretos, para a preponderância do esquecimento ou da lembrança. Assim, o GDPR parece acertar ao tentar guiar a noção de interesse público, seja para a área da saúde, ou de arquivo histórico ou de função estatal, por exemplo, sem, no entanto, imobilizá-la.

Voss e Castets-Renard (2016, p. 305-307) defendem que o GDPR não foi tão ambicioso como o TJUE em *Google Spain* e não criou um direito ao esquecimento abrangente, limitando-se a prever algumas possibilidades de apagamento de dados obsoletos, irrelevantes ou excessivos para seus fins, não avançando de maneira significativa, portanto, em relação ao cenário já existente sob a égide da Diretiva 95/46/CE. Para os autores, o efeito do dispositivo é mais simbólico do que prático, chamando atenção para o direito de modo mais direto do que meras discussões principiológicas:

the GDPR has the merit of emphasizing this “right to be forgotten” and making explicit that which one might have previously deduced from the guiding data protection principles, even if a “right to be forgotten” or a right to deletion of data had not expressly been mentioned beforehand. (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016, p. 307).

No Brasil, a discussão também vai se aproximando do ambiente digital e começa a ganhar novos contornos. Com inspiração inegável no GDPR, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira foi publicada em 2018 e deve entrar em vigor até o primeiro semestre de 2021, trazendo uma normatização específica ainda ausente no contexto nacional do Marco Civil. Do mesmo modo que na legislação europeia, os artigos iniciais do diploma legal destacam o “objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” e “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem” como fundamento da proteção de dados pessoais. Apesar das semelhanças, entretanto, uma diferença relevante — para o tema deste trabalho — é imediatamente notada: não há, na lei brasileira, menção expressa a nenhuma forma de direito ao esquecimento.

Dessa forma, caso presente no texto legal, o direito ao esquecimento se aproximaria daquele definido em *Google Spain*, ou seja, fruto de interpretação dos dispositivos que tratam da exclusão de dados. Especificamente, da definição de eliminação de dados trazida pelo artigo 5º, XIV (“exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado”), e do artigo 16, que prevê as situações nas quais será autorizada a conservação dos dados após o término de seu tratamento quando deveriam, em regra ser eliminados (o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, o “estudo por órgão de pesquisa”, a transferência a terceiros nos termos da própria lei e o “uso exclusivo do controlador”). O que esses artigos parecem indicar, entretanto, é a ausência de qualquer intenção legislativa de positivar o direito ao esquecimento:

Há, sem dúvida, casos de interseção em que a LGPD serviria de ajuda ao titular interessado na eliminação de determinados dados. Entretanto, direito ao esquecimento, direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade são direitos que convergam, mas não se confundem. A aceção objetiva e procedimental da proteção de dados não contempla, portanto, as nuances subjetivas que permeiam dilemas referentes à proteção da privacidade e à tutela do esquecimento na internet. (LIMA, 2020, p. 194-198).

Efetivamente, percebe-se que não há uma preocupação do legislador brasileiro com a imposição do apagamento de dados em hipóteses diversas da requisição expressa do titular (artigos 8º, §5º,<sup>14</sup> e 18, VI,<sup>15</sup> da LGPD), sendo, ao contrário, permitida a sua conservação pelo controlador. Mais do que isso, tampouco se preocupou o legislador brasileiro, como fez o europeu, em esmiuçar essas hipóteses de manutenção dos dados que, conforme se extrai do já citado artigo 16, não precisam se apoiar em interesse público ou histórico. Nesse sentido, conclui-se que a LGPD não tem, realmente, pretensão alguma de tratar do direito ao esquecimento — ou, se tinha, está ainda muito aquém do nível de detalhamento que seria necessário para uma efetivação do referido direito. Ao mesmo tempo, não há dúvida que pode servir de base para uma construção jurisprudencial, nos mesmos moldes do TJUE, quando as controvérsias inevitavelmente começarem a surgir após o efetivo início de vigência da norma.

## 2.2 Estados Unidos e a Primazia da Liberdade de Expressão

*“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.* Assim dispõe a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, consagrando o caráter fundamental das liberdades de expressão e de imprensa naquele ordenamento jurídico. O termo “privacidade”, por outro lado, não figura no texto constitucional norte-americano (à exceção da Quinta Emenda, que faz referência à propriedade privada). Ainda que o direito à privacidade seja reconhecido jurisprudencialmente como implícito na norma constitucional, a partir das ideias desenvolvidas originariamente por Warren e Brandeis, essa diferença de tratamento no texto positivado indica, de certa forma, o modo como o direito ao esquecimento será abordado.

O primeiro caso de destaque que trata dessa controvérsia foi julgado pela Corte de Apelação da Califórnia em fevereiro de 1931, e é conhecido como *“Melvin v. Reid”* ou *“Caso Red Kimono”*. No centro da controvérsia está a figura de Gabrielle Darley, que fora por vários anos prostituta e, em

14 Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. [...] § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

15 Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

determinado momento, acabou por ser acusada de homicídio. Tendo sido inocentada, no ano de 1918, Gabrielle decidiu abandonar sua vida pregressa e “se reabilitou completamente”, conforme narra a decisão, vindo a se casar com Bernard Melvin e a readquirir o prestígio social, assumindo um lugar na “sociedade respeitável” e travando novas relações com pessoas que nada conheciam de seu passado. Até que, em 1925, Dorothy Davenport Reid produziu e lançou nos cinemas de diversos Estados o filme “*The Red Kimono*”, que apresentava ao público a história real de Gabrielle utilizando, inclusive, seu nome verdadeiro. Tamanha exposição, naturalmente, deu origem à pretensão indenizatória de Melvin e de seu marido. A Corte californiana destaca, antes de mais nada, a novidade que, à época, ainda marcava a ideia de um direito à privacidade:

The law of privacy is of recent origin. It was first discussed in an essay published in a law journal in 1860. It did not gain prominence or notice of the bench or bar until an article appeared in 4 Harvard Law Review, page 193, written by the Honorable Louis D. Brandeis in collaboration with Samuel D. Warren. Since the publication of this article a number of cases have arisen in various states involving the so-called doctrine of the right of privacy. It is recognized in some jurisdictions while others have refused to put it into effect. (“*Melvin v. Reid*”).

Tanto que, conforme noticia a Corte, poucos precedentes teriam algum valor para a sua decisão, com a grande maioria dos casos até então sendo resolvidos por questões de contrato, de difamação, de propriedade sobre cartas e escritos privados, de quebra de confiança entre as partes, enfim, de questões que rondavam a privacidade sem, no entanto, colocá-la como ponto central da discussão. No tocante às outras jurisdições estaduais, entretanto, a decisão californiana cita a construção inicial do conceito de privacidade como “o direito individual de viver sua vida em isolamento, sem ser sujeitoado a publicidade injustificada ou indesejada”<sup>16</sup>, regido, em geral, por determinados princípios comuns:

---

16 Tradução minha, do original: *The right of privacy as recognized in a number of states has been defined as follows: “The right of privacy has been defined as the right to live one’s life in seclusion, without being subjected to unwarranted and undesired publicity. In short it is the right to be let alone. 21 R.C.L. 1197, 1198. There are times, however, when one, whether willingly or not, becomes an actor in an occurrence of public or general interest. When this takes place, he emerges from his seclusion, and it is not an invasion of his right of privacy to publish his photograph with an account of such occurrence.”*

1. The right of privacy was unknown to the ancient common law.
2. It is an incident of the person and not of property — a tort for which a right of recovery is given in some jurisdictions.
3. It is a purely personal action and does not survive, but dies with the person.
4. **It does not exist where the person has published the matter complained of, or consented thereto.**
5. **It does not exist where a person has become so prominent that by his very prominence he has dedicated his life to the public and thereby waived his right to privacy.** There can be no privacy in that which is already public.
6. **It does not exist in the dissemination of news and news events, nor in the discussion of events of the life of a person in whom the public has a rightful interest, nor where the information would be of public benefit as in the case of a candidate for public office.**
7. The right of privacy can only be violated by printings, writings, pictures or other permanent publications or reproductions, and not by word of mouth.
8. The right of action accrues when the publication is made for gain or profit. (This however is questioned in some cases.) (“*Melvin v. Reid*”, grifos nossos).

Interessante notar como alguns desses princípios persistem em termos praticamente idênticos até hoje, guiando desde a concepção do direito à privacidade até as suas possibilidades de exercício e limitações. E, ao mesmo tempo, sua interpretação ainda não estava consolidada: o mero fato de as informações sobre o caso de Gabrielle estarem contidas nos autos de seu processo criminal (de registro público) já seria suficiente, no entendimento da Corte californiana, para afastar a alegação de violação à privacidade, sem maiores considerações no que diz respeito à legitimidade do interesse público na divulgação dessas informações anos depois dos fatos, quando a pessoa retratada já não tinha mais qualquer vida pública relevante. O direito de ação, na verdade, surgiu tão somente da divulgação do seu nome real: *“If any right of action exists it arises from the use of this true name in connection with the true incidents from her life together with their advertisements in which they stated that the story of the picture was taken from true incidents in the life of Gabrielle Darley who was Gabrielle Darley Melvin”* (“*Melvin v. Reid*”). E o direito à indenização veio não da privacidade de Gabrielle, mas justamente dos efeitos produzidos pela divulgação de seu nome sobre a sua vida atual:

Section 1 of article I of the Constitution of California provides as follows: “**All men are by nature free and independent, and have certain inalienable rights, among which are those of** enjoying and defending life and liberty; acquiring, possessing and protecting property; and **pursuing and obtaining safety and happiness.**”

The right to pursue and obtain happiness is guaranteed to all by the fundamental law of our state. This right by its very nature includes the right to live free from the unwarranted attack of others upon one’s liberty, property, and reputation. **Any person living a life of rectitude has that right to happiness which includes a freedom from unnecessary attacks on his character, social standing or reputation.**

The use of appellant’s true name in connection with the incidents of her former life in the plot and advertisements was unnecessary and indelicate and a wilful and wanton disregard of that charity which should actuate us in our social intercourse and which should keep us from unnecessarily holding another up to the scorn and contempt of upright members of society. (“*Melvin v. Reid*”, grifos nossos).

É precisamente em razão deste entendimento que o caso é citado de maneira recorrente, ainda hoje, quando se discute o direito ao esquecimento: mesmo com o reconhecimento de que os fatos eram públicos e verdadeiros, sendo, a princípio, lícita a sua divulgação, o efeito negativo produzido sobre a vida contemporânea do indivíduo — no caso, impedindo a sua busca pela felicidade por meio de ataques à sua reputação e *status* social — se impõe como limitador dessa liberdade comunicativa. Apesar de trabalhar com o conceito de privacidade, a decisão vai um pouco além dele porque, não fosse pela questão de a passagem do tempo ter alterado significativamente a posição social de Gabrielle, o simples direito à privacidade, nos termos definidos, não seria suficiente para a proteção almejada.

Em sentido contrário do que poderia parecer com ênfase dada à proteção da liberdade de expressão no sistema norte-americano, portanto, *Melvin v. Reid* parece concretizar um efetivo direito ao esquecimento naquele ordenamento. E assim o caso é apresentado, em geral, pela doutrina (BEZERRA JÚNIOR, 2018, p. 75; LIMA, 2020, p. 26, 102). É importante notar, entretanto, que o precedente de *Melvin v. Reid* já foi, há muito, superado nos tribunais norte-americanos. Isso fica explícito no julgamento de *Willan v. Columbia County*,<sup>17</sup> de fevereiro de 2002, pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito:

---

17 Thomas Willan participou da disputa eleitoral pela prefeitura de Lodi, Wisconsin, em 1999, concorrendo contra a incumbente. Em campanhas implacáveis, a então prefeita buscou a polícia com a acusação de que Willan a estaria assediando (não há notícia quanto ao que



**Anyway the Melvin case**, paternalistic in doubting the ability of people to give proper rather than excessive weight to a person's criminal history, **is dead**, see, e.g., *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co.*, 218 Kan. 295, 543 P.2d 988, 993-96 (Kan.1975); *Barbieri v. News-Journal Co.*, 189 A.2d 773, 776-77 (Del.1963); *Jones v. New Haven Register, Inc.*, 46 Conn.Supp. 634, 763 A.2d 1097, 1100-03 (Conn.Super.2000), killed by *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 494-96, 95 S. Ct. 1029, 43 L. Ed. 2d 328 (1975); see *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F.3d 1222, 1230-32 (7th Cir. 1993); *Romaine v. Kallinger*, 109 N.J. 282, 537 A.2d 284, 292-95 (N.J.1988); *Montesano v. Donrey Media Group*, 99 Nev. 644, 668 P.2d 1081, 1086-88 (Nev.1983); *McCormack v. Oklahoma Publishing Co.*, 613 P.2d 737, 741-42 (Okla.1980); *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co.*, *supra*, 543 P.2d at 995-96; *Pemberton v. Bethlehem Steel Corp.*, 66 Md.App. 133, 502 A.2d 1101, 1118-19 (Md.Spec.App.1986); *Shulman v. Group W. Productions, Inc.*, 18 Cal. 4th 200, 74 Cal. Rptr. 2d 843, 955 P.2d 469, 500-01 (Cal.1998) (concurring opinion). **The Supreme Court held in Cox that the First Amendment creates a privilege to publish matters contained in public records even if publication would offend the sensibilities of a reasonable person.** (The matter in question was the identity of a woman who had been raped and murdered.) (“*Willan v. Columbia County*”, grifos nossos).

Ainda que *Willan* seja fundamentalmente diferente de *Melvin*, como menciona a Corte, não só pelo fato de Willan ter tido efetiva condenação criminal em seu passado (enquanto Melvin fora inocentada), mas, também, por ter adentrado a esfera pública ao se candidatar para a prefeitura (enquanto Melvin se dedicara à vida familiar, fugindo de uma vida pública), grande parte da decisão proferida se volta justamente a descaracterizar uma proteção ampla da privacidade e reafirmar, explicitamente, a primazia das liberdades informativas, amplamente amparada na jurisprudência e na Constituição dos Estados Unidos. Dessa forma, o pioneirismo que as Cortes americanas possam ter tido na definição inicial do direito à privacidade e em uma forma básica do direito ao esquecimento já foi substituído, sem dúvida, pela prática de dar menos impor-

---

configuraria o alegado assédio, mas, provavelmente, era resultado da disputa). Consultando a base de dados mantida pelo FBI, a polícia descobriu uma condenação de roubo contra Willan no ano de 1981, o que o desqualificaria para a eleição no Wisconsin. Willan, então, após perder a disputa eleitoral, propôs ação contra a prefeita por fraude, em razão da divulgação do fato criminoso de seu passado cuja pena já fora cumprida.

tância a esses direitos em face de princípios constitucionais próprios daquele ordenamento.

Há, ainda, um segundo caso frequentemente citado quando se fala de direito ao esquecimento. Julgado pela Corte de Apelação do Segundo Circuito em 1940, "*Sidis v. F-R Publishing Corporation*" aborda a questão do direito à privacidade de pessoas públicas e reafirma a primazia da imprensa, com a Corte chegando a afirmar que "*regrettably or not, the misfortunes and frailties of neighbors and 'public figures' are subjects of considerable interest and discussion to the rest of the population*". O interesse de *Sidis* para a discussão do esquecimento resta no fato de, tendo sido pessoa pública no passado, seu protagonista rechaçar essa posição e buscar ativamente o anonimato, ressurgindo na mídia anos mais tarde. Vejamos os fatos.

William James Sidis era uma criança prodígio que se tornou conhecida do público por volta do ano de 1910, quando estampou diversas matérias de jornais. Aos 11 anos, Sidis já dava palestras a eminentes matemáticos sobre corpos quadridimensionais, e aos 16 se formou em Harvard, com um futuro promissor à sua frente. Ao contrário do que se esperava dele, no entanto, Sidis rejeitou absolutamente sua vida prévia de fama e estudos, abandonando por completo o campo da matemática e buscando, por todos os meios possíveis, disfarçar sua identidade e retornar ao anonimato. E por muitos anos, Sidis teve sucesso em seus desejos, trabalhando como atendente e morando em um quarto pequeno num canto mais pobre de Boston. Até que, em agosto de 1937, a revista "*The New Yorker*" publicou uma edição detalhando sua biografia, desde os dias de menino prodígio até as tentativas de fugir das atenções do público e suas condições de vida atual. Sobre os conteúdos da reportagem, a decisão da Corte detalha (grifos nossos):

**It is not contended that any of the matter printed is untrue.**

Nor is the manner of the author unfriendly; Sidis today is described as having "a certain childlike charm." But the article is merciless in its dissection of intimate details of its subject's personal life, and this in company with elaborate accounts of Sidis' passion for privacy and the pitiable lengths to which he has gone in order to avoid public scrutiny. **The work possesses great reader interest, for it is both amusing and instructive; but it may be fairly described as a ruthless exposure of a once public character, who has since sought and has now been deprived of the seclusion of private life.**

A principal diferença com relação a *Melvin*, portanto, é que não há qualquer indício de que Gabrielle tenha se tornado figura pública ou recebido qualquer atenção da mídia quando de sua acusação de assassinato, menciona-se

apenas a publicidade dos documentos judiciais de seu caso. Em *Sidis*, por outro lado, o julgamento teve de analisar se a condição passada de figura pública justificava a exposição posterior do indivíduo, ou se o direito à privacidade poderia ser (re)adquirido com a passagem do tempo, diante dos esforços e manifestações de vontade expressas da pessoa. E, como era de se esperar, o julgamento deu maior peso à liberdade da imprensa, concluindo que, uma vez que *Sidis* fora figura pública e, na época, muito se falara de seu potencial, a imprensa — e o público — seguia tendo um interesse legítimo de averiguar o desenrolar de sua história e o cumprimento ou não daquelas expectativas formadas quando ainda era criança.

Ainda que toda essa discussão possa parecer extremamente restrita aos Estados Unidos, ela produz também algum efeito sobre o debate brasileiro. Porque, como visto anteriormente, parte da doutrina nacional defende que aqui haveria, também, essa primazia da liberdade de expressão e da imprensa, alçada a uma suposta posição preferencial independentemente de o texto constitucional não fazer distinção entre os direitos fundamentais. E é natural que haja o desejo de consagrar como mais importante que os demais esse direito tão essencial ao próprio sistema democrático, especialmente quando se considera o contexto histórico de surgimento da Constituição Cidadã, na saída de um regime militar extremamente autoritário.

A discussão sobre o papel da liberdade de expressão e de imprensa já chegou, inclusive, de certa forma, ao Supremo, que foi chamado a determinar a compatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), fruto do regime militar e da censura, com a Constituição de 1988. O julgamento da ADPF 130, em 2009, teve grande repercussão, resultando em uma decisão que, por maioria, entendeu que a lei não havia sido recepcionada pela nova ordem constitucional. Para muitos autores, o STF efetivamente reconheceu, neste julgamento, a preponderância das liberdades comunicativas sobre os direitos da personalidade — e parecem, à primeira vista, ter razão, como se depreende, por exemplo, do seguinte trecho da ementa do acórdão:

**[...] PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDA-**

DE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. [...] (ADPF 130, p. 1-2, grifos nossos).

Não só isso, como alguns dos Ministros também se manifestaram expressamente nesse sentido ao proferir seus votos. Para a Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, não há conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade — ao contrário, uma maximização da primeira apenas reforça os últimos (ADPF 130, p. 97). No mesmo sentido, a manifestação do Ministro Menezes Direito:

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias. Mas essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. **Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.**

O que se tem concretamente é uma **permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão, em que se encontra situada a liberdade de imprensa.** É claro, e afirmei isso ao votar na medida cautelar, que **quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade.** O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias. **A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto;** este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. (ADPF 130, p. 90-91, grifos nossos).

Nesse contexto, prevalecendo a tese da posição preferencial das liberdades comunicativas, seria natural imaginar que a discussão do direito ao es-

quecimento no ordenamento brasileiro acabaria por tomar o mesmo rumo que nos Estados Unidos, tendendo à conclusão de que tal direito não está e nem poderia estar incluso nas normas constitucionais. Importante notar, entretanto, que a referida tese ainda não prevaleceu. Thales Morais da Costa (2014, p. 121-124) alerta para a necessidade de uma análise detida das decisões do Supremo, especialmente em casos de grande repercussão e discussão como o da ADPF 130, destacando a maneira como, na prática da redação de acórdãos do STF, não se emite uma opinião conjunta do Tribunal, mas, na verdade, os entendimentos individuais de cada Ministro. Dessa forma, a concordância dos Ministros quanto à conclusão do caso não indica necessariamente uma concordância quanto aos seus fundamentos. Em relação ao caso específico, aponta:

Já o acórdão prolatado na ADPF 130 é um exemplo bastante interessante de decisão composta por votos individuais, cada um com sua respectiva fundamentação. **Apenas um ministro adotou integralmente as razões do relator**, qual seja, o Min. Eros Grau. Os demais avançaram suas próprias razões para chegar à conclusão que chegaram. **Da pluralidade de motivações, decorre a dificuldade na compreensão de qual seria o entendimento do tribunal em seu conjunto acerca da liberdade de imprensa e de seus eventuais limites.** [...]

Tais elementos já permitem ver quão difícil é a tarefa de conhecer o conteúdo de um acórdão do STF. **A fim de saber qual é a posição do tribunal enquanto órgão colegiado, é preciso levar em consideração todos os votos, não apenas o do relator.** É necessário, ademais, cotejar a fundamentação do voto do relator com os motivos expostos pelos demais ministros, a fim de verificar se houve algum argumento comum que os conduziu todos, ou a maioria, a votar no sentido que votaram. (COSTA, 2014, p. 122-124, grifos nossos).

O autor procede efetivamente, então, à análise proposta, concluindo que, embora os Ministros tenham chegado ao entendimento, por maioria, da total incompatibilidade entre o conteúdo da Lei de Imprensa e o da Constituição, não houve consenso quanto às razões de tal incompatibilidade (COSTA, 2014, p. 126-127). Mais do que isso, tampouco teria havido uma “opinião do Tribunal” quanto à possibilidade de o Estado legislador interferir na imprensa, com alguns Ministros defendendo a impossibilidade absoluta, por considerar que a própria Constituição já disciplina o assunto em sua totalidade, e outros admitindo, em tese, a edição de nova lei de imprensa, cuja mera existência não

seria suficiente para, independentemente de seu conteúdo, ameaçar os valores democráticos (COSTA, 2014, p. 127-128, 131).

Nesse sentido, em que pese a aparência inicial, não teria havido realmente o reconhecimento de primazia das liberdades comunicativas no sistema constitucional brasileiro. Para Ingo Sarlet (2018a), a decisão da ADPF 130 teria representado um primeiro passo do STF nessa direção, seguido de outros nos julgamentos sobre a Marcha da Maconha (ADPF 187/2011), as biografias não autorizadas (ADI 4815/2015) e a sátira nas eleições (ADI 4451/2018). Mas, na verdade, a questão ainda permanece sem resposta definitiva. O julgamento do direito ao esquecimento, cuja repercussão geral já foi reconhecida, pode representar a continuidade dessa caminhada, seguindo o exemplo norte-americano, ou pode levar o Supremo por um novo caminho, inspirado no modelo europeu. Qualquer que seja o caso, a influência internacional não deixará de ser sentida.

### **3. A Posição do Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Fundamental destacar, antes de uma discussão mais aprofundada, que o reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional já é, atualmente, uma realidade — o que não significa, naturalmente, que toda a discussão seja em vão, pois apesar de reconhecido, o direito ainda está longe de estar bem definido e pacificamente aceito. Em que pesem as divergências doutrinárias, e ressaltado o importantíssimo papel que ainda deve ser cumprido pelo Supremo no exame da compatibilidade de tal direito com o nosso sistema constitucional de proteções e garantias, já temos no Brasil um reconhecimento expresso do direito ao esquecimento pelo STJ, nos casos emblemáticos que serão apresentados a seguir, possibilitando não só sua reivindicação como, efetivamente, sua assecuração pelos tribunais, respaldada no entendimento da Corte superior.

Nesse sentido, a pesquisa publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, ainda em 2016, revela que quase cem casos já haviam, à época, chegado aos Tribunais de Justiça, sobretudo nas regiões Sul e Sudeste, e, destes, quase um terço teve o direito ao esquecimento reconhecido pelos desembargadores que os julgaram (AMENDOLA, 2016). Atualmente, o número é ainda maior: o *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indica a existência de cerca de 50 decisões sobre o tema nos últimos cinco anos; o do Tribunal de São Paulo, mais de cem. E são contabilizados aqui apenas os resultados obtidos com a pesquisa literal pela expressão “direito ao esquecimento”, de modo que, na prática, a discussão se revela ainda mais extensa — e antiga, também.

Realmente, o conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade não é, como visto, exclusivo dos casos de direito ao esquecimento. E isso

significa que a questão subjacente a esse “novo” direito já era discutida pela doutrina e pelos tribunais mesmo antes de o termo ser cunhado, em moldes bastante semelhantes aos que agora são aplicados ao direito ao esquecimento propriamente dito. Embora não tenha chegado aos tribunais superiores, tornou-se emblemático o caso “Doca Street” que, em tudo menos no nome, é um caso típico de direito ao esquecimento. Ajuizado em resposta a episódio do programa “Linha Direta Justiça” da Rede Globo de televisão (ponto que tem em comum com os casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, que serão estudados mais adiante), o caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) em 2006, muitos anos antes, portanto, de o STJ inaugurar as discussões contemporâneas sobre o esquecimento.

Em breve síntese, o caso “Doca Street” tem em sua origem o assassinato da socialite Ângela Diniz pelo marido, o empresário Raul “Doca” Fernando do Amaral Street, que disparou contra a mulher durante uma discussão em 31 de dezembro de 1976, em Búzios, no Rio de Janeiro. O julgamento teve repercussão nacional, resultando em uma condenação a dois anos de cadeia com direito a suspensão condicional da pena — e, também, em uma série de protestos populares, especialmente por grupos feministas, que culminaram em um novo julgamento que acabou por condenar Doca Street a 15 anos de prisão, no final de 1981 (MEMÓRIA... [C]). Mais de 20 anos se passaram até que o “Linha Direta Justiça” produziu o caso seu programa, que enfrentou resistência pelos familiares de Doca Street, sob o argumento de que “o empresário cumprira pena e, portanto, tinha direito ao esquecimento público” (MEMÓRIA... [C]). Ao invés de falar em “direito ao esquecimento”, no entanto, o acórdão do TJRJ se limita a expor o caso através da necessária ponderação de interesses constitucionais:

IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES.

1— O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado.

**2— Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem.**

3— As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador.

**4— A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia de quaisquer delas.**

5— Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou ideias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada.

6— Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais.

7— Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

**8— Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com o seu passado.**

(Processo nº 0102079-50.2003.8.19.0001 — APELAÇÃO — Des(a). MILTON FERNANDES DE SOUZA — Julgamento: 28/03/2006 — QUINTA CÂMARA CÍVEL — Data de Publicação: 03/04/2006; grifos nossos).

Mas a discussão, como se vê, é idêntica. O pedido de reparação de danos “aponta que o autor já cumpriu a integralidade de sua condenação, refazendo sua vida em pacata cidade interiorana, tendo o reavivamento do caso [...] provocado forte abalo em suas relações familiares e sociais” (Acórdão “Doca Street”, p. 7). O voto do relator exalta o papel da atividade jornalística na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade (Acórdão “Doca Street”, p. 3), e o voto vogal ressalta a importância de se preservar o conhecimento de fatos dotados de interesse histórico e social (Acórdão “Doca Street”, p. 8-10). O voto vencido destaca o direito à reabilitação, e ressalta a ausência de contemporaneidade dos fatos e, realmente, de qualquer justificativa legiti-



ma, fundada em um interesse público, para sua rememoração (Acórdão “Doca Street”, p. 13-15). Ora, os desembargadores da Quinta Câmara Cível já discutiam o direito ao esquecimento, mesmo sem falar em esquecimento. E “Doca Street” não é um caso isolado, mas, ao contrário, apenas um caso emblemático de uma controvérsia que já era parte do ordenamento jurídico pátrio.

Agora que a discussão tem um nome, entretanto, fica mais fácil de acompanhar o seu crescimento, conforme destacado acima, uma vez que os casos efetivamente referentes ao esquecimento passam a se destacar no meio de outras questões de privacidade e atuação da mídia. E com o crescimento do número de casos, é importante entender também como são decididos. Em pesquisa publicada no início de 2018, Adriana Abílio e Christopher Mendonça identificaram algumas diferenças bastante substanciais entre julgamentos, destacando posicionamentos mais drásticos — para ambos os lados — como mais recorrentes em primeira instância, ao mesmo tempo que as decisões colegiadas de instâncias recursais tendem a se preocupar mais com a preservação dos valores envolvidos, em decisões mais ponderadas. Idealmente, é claro, qualquer definição adotada para o direito ao esquecimento no Brasil deve conduzir a este segundo tipo de decisão, valorizando tanto as liberdades comunicativas como a proteção individual na medida adequada a cada caso.

Mesmo diante desse cenário, há quem defenda que o debate público brasileiro sobre o tema ainda está muito atrasado: enquanto os juristas europeus vêm lidando com a aplicação do esquecimento na internet, os casos nacionais mais notáveis — leia-se, aqueles que chegaram às cortes superiores — estão restritos ao direito ao esquecimento na televisão, nas mídias tradicionais (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 402). Aponta-se, também, que este atraso viria da preocupação dos juristas nacionais em identificar as bases necessárias para o direito ao esquecimento na legislação já vigente — preocupação que, enquanto necessária na jurisprudência, se constitui como importantíssimo limite à discussão doutrinária, que deixa de inovar (COSTA; MINIUCI, 2018).

Mas essas críticas não representam totalmente a realidade. Se, por um lado, é verdade que a análise do caso no STJ partiu, assim como partirá no Supremo, de ações propostas contra a emissora televisiva Rede Globo, por outro, muitos dos casos que chegam aos tribunais estaduais já dizem respeito, também, às matérias publicadas na internet, e as atividades doutrinária e legislativa nacionais já estão atentas a esse aspecto digital do direito ao esquecimento. Ainda, deve-se ter em conta a lentidão natural dos processos judiciais, em especial daqueles que chegam aos tribunais superiores, onde a jurisprudência inovadora efetivamente será debatida e construída.

Quanto à falta de inovação, parece ser também uma crítica precoce. Realmente, como já visto, são os tribunais os principais impulsionadores da ideia de

um direito ao esquecimento no Brasil, de modo que se aplicam as reconhecidas restrições a institutos jurídicos já positivados. Mas, para além disso, o que se verifica é que mesmo a aplicação destes tem se mostrado controvertida quando aliada ao termo “esquecimento”, com decisões sendo taxadas de censura quando, em última análise, se fundamentam na própria proteção da intimidade e da vida privada, nos institutos constitucionais positivados. Diante desse cenário, parece natural que a discussão se concentre em torno, ainda, da aceitação e definição desse contexto mais básico, antes de partir para ideias mais inovadoras e certamente mais controvertidas.

Acrescente-se, ainda, que mesmo que o direito ao esquecimento não exista como tal na legislação nacional, sendo ainda construção exclusivamente doutrinária e jurisprudencial, há outros institutos que certamente exercem funções semelhantes e indicam que as incompatibilidades apontadas pelos críticos entre esse direito e o ordenamento pátrio não são, necessariamente, absolutas — e não se refere, aqui, aos já abordados princípios constitucionais que embasam o próprio direito.

O Marco Civil da Internet é um bom exemplo: prevê, em seu artigo 19, a possibilidade de responsabilização civil do provedor de aplicações de internet caso não promova a indisponibilidade de conteúdo infringente e causador de danos — inclusive em relação à honra, à reputação ou a direitos da personalidade —, mesmo que gerado por terceiros. Seria, para alguns, a possibilidade subentendida do direito à desindexação, em contraposição à previsão mais direta da possibilidade de apagamento de informações nos artigos 7º, X, e 21, do Marco Civil (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 391).

Não se trata, no entanto, de uma responsabilização incondicional: em nome da liberdade de expressão e do impedimento da censura, a recusa punível é aquela que segue ordem judicial específica para a retirada do conteúdo. Ainda, a ordem judicial deve conter “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, de modo que tampouco representa uma ordem ampla e genérica de retirada e apagamento de informações. Mais do que isso, o dispositivo determina expressamente a necessidade de consideração, pelo juiz, do “interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet”, ainda que não traga diretrizes e parâmetros específicos para a realização desta análise.

Também se mantém, ainda atualmente, a inspiração do direito ao esquecimento no âmbito penal, isto é, o instituto da reabilitação. Prevista no artigo 93 do Código Penal, a reabilitação assegura “ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”, podendo ser requerida, extinta a pena ou terminada sua execução, após o decurso de apenas dois anos (art. 94). Ainda que o sigilo sobre a condenação seja garantido, na prática, imediatamente,

consoante o artigo 202 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), a reabilitação se apresenta como “medida de *política criminal* que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania” (BITEN-COURT, 2015, p. 854).

Objetivo de reintegração este que seria prejudicado caso, por exemplo, matéria jornalística ou outra manifestação midiática voltasse a trazer à tona, anos depois, o crime cuja pena já foi integralmente cumprida. Trata-se do caso *Lebach*, do caso *Red Kimono* (no qual, na verdade, nem há que se falar em cumprimento de pena, ainda que a reintegração à sociedade se mantenha como ponto central), e do próprio *droit à l’oubli* francês, em sua origem. É exatamente essa a ideia presente, também, na taxonomia proposta por Voss e Castets-Renard, para quem a reabilitação seria efetivamente, para todos os efeitos, uma das facetas do direito ao esquecimento:

It is the right to oblivion of the judicial past. It recognizes that under certain circumstances it may be appropriate to grant a pardon to a person who has been convicted of a criminal offense, after a certain period of time following such conviction and after such person, who has evidenced good behavior, has served his or her sentence. (VOSS; CASTETS-RENARD, 2016, p. 299).

Em sentido semelhante, o artigo 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar de bancos de dados e cadastros de consumidores, assegura não só o acesso do consumidor à informação que exista sobre ele como também garante que, quando negativa, essa informação não possa ser mantida por período superior a cinco anos. Efetivamente, o decurso dos anos impõe o “esquecimento” de dados negativos do consumidor como medida de sua proteção.

Temos, portanto, a possibilidade de retirada de material ofensivo da internet. Temos a reabilitação penal, instituto antigo, e uma porção da jurisprudência defendendo o esquecimento na seara criminal. Temos os cadastros de consumidores, taxativamente limitados no tempo quanto a informações negativas. Por que, então, a mídia e o público geral não podem, também, ser submetidos a algum nível de esquecimento?

O direito ao esquecimento não é necessariamente, como visto, um direito irrestrito de apagamento e supressão irresponsável de toda e qualquer informação, submetido apenas aos caprichos individuais de cada pessoa que se sinta lesada. O seu reconhecimento implica a definição de limites, e não pode dela estar desvinculado. O seu reconhecimento não dará aos particulares nenhum poder de censurar a imprensa ou atacar a liberdade de expressão, mas

possibilitará um melhor equilíbrio entre estas e os direitos individuais da personalidade.

O interesse público, a quantidade de tempo decorrido, o grau de visibilidade do sujeito, as possíveis consequências da divulgação da informação — todos estes são apenas alguns dos aspectos do direito ao esquecimento que dependem em altíssimo grau de uma avaliação casuística, de modo que a incorporação formal desse direito ao ordenamento pátrio provavelmente estará vinculada de alguma maneira à atuação judicial, submetendo-se ao devido processo, ao contraditório, enfim, a um sistema de garantias mais apto a definir qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto.

Vale sempre lembrar, também, que a solução para o conflito entre o acesso à informação e o respeito à privacidade não precisa alcançar nenhum dos dois extremos, quais sejam, a divulgação de quaisquer informações não obstante os desejos privados de mantê-las guardadas ou o imperativo de retirada incontestada de toda informação que provoque o mínimo desconforto no sujeito retratado. Acioli e Júnior (2018, p. 399) destacam como há opções de harmonia entre as duas posições, especialmente em soluções como “o direito à retirada (desindexação) da informação das listas-resultado das pesquisas dos sites de buscas e o direito a tornar essa informação relativamente difícil de ser encontrada pelos mesmos mecanismos de busca”. Tecem, ainda, relevante consideração sobre o modo como o conflito vem se revelando dentro do contexto nacional:

A desconfiança dos juristas dos países do continente Americano se sustenta, principalmente, por duas grandes razões: a origem liberal-democrática do sistema de common law adotado na América Anglo-Saxônica e o histórico recente de ditaduras e autoritarismo na América Latina. [...]

No Brasil, constitucionalistas como Daniel Sarmento refletem algumas angústias típicas do pensamento democrático, comentando sobre os riscos que o direito ao esquecimento acarreta ao exercício dos direitos de liberdade de expressão e comunicação: “[...] o ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são, incomparavelmente, mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais”.

O civilista Anderson Schreiber, porém, a respeito dessa preocupação justa e necessária sobre os limites do direito ao esquecimento frente ao direito à liberdade de informação e de imprensa, busca deixar claro que o direito ao esquecimento não concede a

ninguém “[...] o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história)”.

Apesar de que há de se reconhecer a justeza de todos os argumentos contrários ou preciosamente cautelosos, de outro modo, o direito ao esquecimento tem sido, pois, bem recebido pela doutrina jurídica brasileira, em especial pelos civilistas, os quais pretendem encontrar um espaço de aplicação possível para esse direito no Brasil, em especial tendo o direito esquecimento já sido reconhecido e aplicado na jurisprudência brasileira em julgados recentes. (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 399-400).

Na mesma linha identificada pelos autores como “constitucionalista”, Gustavo Binenbojm (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 37-38) destaca a grande importância atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, às garantias constitucionais da plena liberdade e da divulgação independente de censura ou licença da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Mais especificamente, rememora o histórico precedente firmado no julgamento da ADI 4.815,<sup>18</sup> das biografias não autorizadas, também de grande repercussão: se,

18 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). [...] MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...] 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para

mesmo havendo previsão legal expressa em sentido contrário (naquele caso, o artigo 20 do Código Civil)<sup>19</sup>, prevaleceu ali a liberdade informativa, como poderia o mero decurso do tempo provocar a imposição de restrições a ela?

Especialmente porque, ainda segundo Binenbojm, o direito à informação não se refere exclusivamente a fatos contemporâneos, como ficou claro no caso das biografias, mas também aos fatos passados, cuja veiculação e discussão “são matérias essenciais para a construção da memória coletiva e da historiografia social, como aliás são asseguradas também na Constituição, nos artigos 215 e 216” (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 37-38). A solução encontrada, no caso das biografias, foi a possibilidade de reparação posterior por qualquer conteúdo publicado considerado abusivo, lesivo à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como a possibilidade de concessão de direito de resposta ao ofendido. Qualquer tentativa de restrição anterior à publicação, entendeu o Supremo, se aproximaria da censura.

No mesmo sentido, também se manifestou o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot em parecer emitido perante o STF no âmbito do RE 1.010.606 (“Caso Aída Curi”), destacando a dificuldade ao reconhecimento das pretensões de esquecimento frente à posição tradicional do Supremo de valorização das liberdades comunicativas e, ainda, sugerindo que a própria análise prévia já implicaria na lembrança dos fatos dolorosos, tornando-se absolutamente inviável sem, ela mesma, violar o direito que se proporia a proteger (BRASIL — PARECER..., 2016, p. 32-34). Quanto à eventual possibilidade de proteção *a posteriori*, pondera:

Poder-se-ia defender que o direito a esquecimento haveria de ser protegido *a posteriori*, ou seja, logo após publicação da obra, quando manifestassem as pessoas retratadas interesse em fazer cessar a divulgação de fatos passados causadores de sofrimento. Caberia, nessa hipótese, aos meios de divulgação adotar

---

dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4815, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

- 19 **Art. 20.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

**Parágrafo único.** Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

providências para reduzir os prejuízos e cessar o dano, incumbindo ao estado agir para proteção do direito a esquecimento.

Há, contudo, publicações que se divulgam apenas uma vez, como no caso, pela emissora de televisão recorrida, em 2004. Foi essa também a situação do recurso especial 1.334.097/RJ, da veiculação em 2006 de programa televisivo acerca da “Chacina da Candelária”. Se a emissora recorrida estava autorizada a transmitir os programas independentemente de consentimento das pessoas retratadas, resulta impossível voltar ao passado, a fim de impedir a violação do alegado direito a esquecimento. (BRASIL — PARECER..., 2016, p. 33-34).

Crítica, ainda, a ideia de que o direito ao esquecimento decorreria diretamente de princípios constitucionais mesmo que não protegido expressamente, especialmente devido às incertezas naturalmente decorrentes dessa posição, inclusive quanto aos critérios ensejadores do esquecimento:

Tal solução, embora aplicável à primeira vista, **encontra problemas de concretização devido à imprevisibilidade à qual estariam submetidos os autores de publicações**. Embora possível, em determinados casos, vislumbrar a priori que determinada publicação excederá os limites da liberdade de expressão e ofenderá direitos pessoais, quanto ao suposto direito a esquecimento os autores somente saberiam a posteriori se os cidadãos retratados nas obras por ele divulgadas sofreriam dano, como explicitado, ao se lembrarem de fatos passados. [...]

Com essas considerações, não se pretende negar a existência do direito a esquecimento nem apontar sua incompatibilidade com a Constituição. **Pretende-se apenas apontar que o reconhecimento de um suposto direito a esquecimento, tanto no âmbito penal como no civil, não encontra na jurisprudência nem na doutrina parâmetros seguros de definição, sem atuação do legislador**. Em face das distintas regras e princípios da Constituição, mostram-se desprovidas de suficiente densidade normativa as conceituações oferecidas nos casos mencionados e na doutrina brasileira. (BRASIL — PARECER..., 2016, p. 36-37, grifos nossos).

Realmente, um dos maiores desafios para a concretização do direito ao esquecimento parece ser a indefinição, as dúvidas geradas pelo tema, além, é claro, das imprecisões conceituais destacadas em momentos anteriores. E,

enquanto o debate nos tribunais desempenha importante papel na elucidação dessas questões, ele não é ainda suficiente, por si só, para orientar de maneira decisiva o debate nacional — como faria, por exemplo, a edição de norma formal demarcando conceitos e âmbitos de aplicação do direito ao esquecimento na seara civil ou constitucional.

Mas a verdade é que a discussão do tema no Brasil não se restringe à doutrina e ao Judiciário, e se o direito ao esquecimento ainda não foi positivado — o que não representa, repita-se, óbice ao seu reconhecimento — certamente não foi por falta de interesse do legislador ordinário. Uma simples pesquisa pelos termos “direito ao esquecimento” e “direito de ser esquecido” no *site* da Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>) revela<sup>20</sup> a apresentação de dez Projetos de Lei sobre a questão desde 2014,<sup>21</sup> sete deles atualmente em tramitação, propondo alterações ora ao Marco Civil da Internet, ora ao próprio Código Civil, mas sempre em prol do reconhecimento e delimitação deste direito.

Alguns desses projetos, por motivos variados, são merecedores de alguns comentários, como se passa a fazer. Em seguida, serão apresentados brevemente os dois casos mais emblemáticos de direito ao esquecimento no Brasil até o momento, os casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, para que se possa tecer considerações quanto ao seu julgamento no STJ. Finalmente, a partir de alguns temas abordados durante Audiência Pública realizada pelo STF sobre o caso, em 2017, serão identificadas algumas questões que deverão ser enfrentadas na ocasião do aguardado julgamento, bem como reforçados alguns pontos já apresentados ao longo deste capítulo.

### 3.1 Propostas Legislativas para o Direito ao Esquecimento

Já ficou bastante claro, ante todo o exposto, que a verdadeira implementação de um direito ao esquecimento no Brasil enfrenta e ainda deverá enfrentar grandes desafios. Se, por um lado, existe uma forte — e plenamente justificada — tradição de proteção à liberdade de expressão e garantia da livre atua-

20 Dados referentes a pesquisa realizada no dia 20 fev. 2020.

21 O **PL 1589/2015** (Soraya Santos - PMDB/RJ) encontra-se apensado ao PL 215/2015, que pune os crimes contra a honra praticados nas redes sociais. O **PL 1676/2015** (Veneziano Vital do Rêgo - PMDB/PB) aguarda Parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), estando apensados a ele o **PL 2712/2015** (Jefferson Campos - PSD/SP) e o **PL 10860/2018** (Augusto Carvalho - SD/DF); a este último está apensado o **PL 5776/2019** (Afonso Motta - PDT/RS). O **PL 5203/2016** (CPI - Crimes Cibernéticos) aguarda Parecer do Relator na Comissão de Cultura (CCULT). Tanto o **PL 10087/2018** (Francisco Floriano - DEM/RJ) como o **PL 8443/2017** (Luiz Lauro Filho - PSB/SP) foram retirados pelos respectivos autores, e o **PL 7881/2014** (Eduardo Cunha - PMDB/RJ) foi arquivado. O **PL 346/2019** (Danilo Cabral - PSB/PE) utiliza incorretamente a expressão “direito ao esquecimento”, referindo-se, na verdade, à simples retirada de dados pessoais, seja pelo fim do consentimento do titular, que os forneceu, ou por se revelarem inverídicos.



ção dos meios de comunicação, por outro lado, as exigências de observância e respeito à privacidade vêm se tornando cada vez maiores, impostas pelos avanços que caracterizam o mundo moderno. Ocorre que se importamos a preocupação com a liberdade de uma tradição tipicamente norte-americana e tomamos inspiração no modelo europeu para proteção da privacidade, esses modelos não são, necessariamente, absolutamente compatíveis, e o conflito se torna mais evidente no momento em que se tenta tratar do encontro entre os dois — a fronteira representada pelo direito ao esquecimento. Este é, inclusive, um dos maiores desafios a ser superado no tema:

A definição de uma legislação que consiga ser, ao mesmo tempo, compatível com a posição preferencial do direito à liberdade de expressão — defendida pelos constitucionalistas — e com o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa — defendido pelos civilistas — demanda um grande desafio tanto para a atividade legislativa, quanto para a jurisdicional, como, também, um compromisso dos operadores jurídicos para uma construção doutrinária que, no caso concreto, interprete e faça a melhor escolha das alternativas de solução disponíveis à luz da Constituição Federal Brasileira. (ACIOLI; JÚNIOR, 2018, p. 407).

Especialmente no que diz respeito à atividade legislativa, qualquer inspiração buscada em ordenamentos estrangeiros deve ser cuidadosamente adaptada à realidade pátria, cuidado este que nem sempre é demonstrado pelo legislador. O PL 10860/2018, por exemplo, traz a extremamente limitada proposta de inserir no Código Civil o texto do Enunciado 531<sup>22</sup> da VI Jornada de Direito Civil, sem maiores esclarecimentos;<sup>23</sup> o PL 5776/2019, da mesma forma, propõe uma inclusão genérica do direito ao esquecimento também no Código Civil. Em que pese sua pretensão de adequar o texto legal às demandas sociais contemporâneas, esse tipo de proposta mais atrapalha do que impulsiona um verdadeiro avanço no tema. O trabalho de Voss e Castets-Renard, citado no capítulo I, deixa clara a necessidade de definição de conceitos, pois o direito ao esquecimento possui facetas bastante distintas e com diferentes graus de compatibilidade com o nosso ordenamento, de modo que não basta a inclusão da expressão em algum texto legal para que o problema esteja resolvido.

22 “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

23 Ainda que, na justificação, a proposta alegue “[utilizar] como parâmetro a “posição intermediária”, citada no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606, tendo em vista ser a mais adequada para o cenário brasileiro”, este aspecto não se reflete no texto legal proposto.

Temos, no mesmo sentido, o PL 7881/2014, que buscava impor aos próprios motores de busca na internet a obrigação de “remoção de links [...] que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido” — mediante requerimento não só do próprio interessado, mas de qualquer cidadão; e sem ilustrar qualquer requisito para a remoção (GUIMARÃES; DIAS, 2017). Ainda que já tenha sido arquivado por rejeição nas Comissões de mérito, o projeto é representativo, de certa forma, da carência do debate. É ingênuo acreditar que um tema como o direito ao esquecimento possa ser efetivamente regulamentado em três linhas, em um único artigo, porque é justamente esse tipo de norma que contribuiria ainda mais para a indefinição e para a abertura de espaço para abusos. O que são dados irrelevantes? Quando se considera que um dado se tornou defasado? O que justifica que qualquer cidadão possa requerer a remoção de dados referentes a outrem? Nenhuma dessas questões recebe sequer o começo de uma resposta, seja no projeto ou em sua justificativa, mas abrem margem para interpretações tão distintas que não haveria, na prática, limite às informações passíveis de apagamento.

A questão conceitual pode, também, levar a propostas distintas que acabam por se confundir sob o mesmo “rótulo”. Tome-se como exemplo os Projetos de Lei nºs 1589/2015 e 2712/2015. Ambos tratam, à primeira vista, do mesmo tema — a inclusão do direito ao esquecimento no Marco Civil da Internet —, mas, na verdade, trazem propostas que têm pouco em comum. O primeiro, no contexto de tornar mais rigorosa a proteção de crimes contra a honra cometidos em um ambiente online, pretende acrescentar verdadeiro direito ao apagamento de conteúdo, mediante requerimento judicial, reforçando assim a tutela da dignidade humana a indivíduos que poderiam ter seu nome ou imagem perpetuamente vinculados “a crime de que [tenham] sido [absolvidos], com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso”. O segundo, por outro lado, aproxima-se mais de um direito de desindexação, “obrigando os provedores de serviços de busca de informações e redes sociais na rede mundial de computadores a remover, por solicitação do internauta [sem necessidade de ordem judicial, portanto], as referências a endereços eletrônicos que contenham informações sobre sua pessoa”, e explicita sua preocupação com a preservação de fatos dotados de interesse público atual ou verdadeiramente históricos, buscando proteger tanto a liberdade de informação como o direito à memória.

O PL 1676/2015, por sua vez, inclui na sua definição de direito ao esquecimento tanto o direito ao apagamento como à desindexação, revelando forte influência do modelo que vem sendo adotado na Europa desde a decisão do caso “*Google Spain*”:

**Art. 3º** O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

**Parágrafo único.** Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Importante notar, nesse sentido, a previsão de que a remoção do conteúdo deve ser requerida ao próprio provedor ou responsável pela publicação, pela via extrajudicial, e vai além do sistema de desindexação imposto ao Google naquele caso — a própria exclusão ou cessação da veiculação de conteúdo também deveria, aprovado o projeto, ser buscada por esse caminho. Mais do que isso, o artigo seguinte do Projeto de Lei em questão impõe aos meios de comunicação, provedores de conteúdo e sítios de busca a criação de “departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações”, transferindo de maneira ainda mais completa a essas entidades o ônus de controlar as informações e decidir casos.

Este é o tipo de proposta que, apesar de bastante completa — inclusive com a conceituação muito bem-feita do direito proposto e a realização de algum esforço no sentido de delinear sua implementação —, extrapola o razoável. Acioli e Júnior (2018, p. 392) classificam o projeto como “temerário” e como representativo do “estado ainda primitivo do debate público sobre direito ao esquecimento no Brasil”; destacam, também, as críticas que sofreu a decisão da Corte Europeia, não só internacionalmente como dentro do próprio Brasil:

Daniel Sarmiento criticou fortemente a transferência de responsabilidade do ato decisório que a corte europeia delegou aos sites de busca, instituições privadas, incumbindo estas em ponderar o direito à privacidade do prejudicado em face do direito à informação da coletividade. Sarmiento acredita que tal medida estimula a censura privada. Por tais razões, o jurista refuta a aplicabilidade desse direito ao esquecimento tal como desenhado pela corte europeia no Brasil, tendo em vista assumir a ideia de que o direito à liberdade de expressão tem posição preferencial no ordenamento brasileiro.

Realmente, ainda que, em última análise, a implementação do direito ao esquecimento vá depender em alguma medida de avaliações casuísticas, é bastante arriscada a proposta de transferir esse ônus às empresas privadas. E não só porque, em caso extremo, configurar-se-ia censura privada, mas porque tal medida realmente atentaria de maneira bastante direta contra o direito à informação, de maneira que não ocorre quando a análise é realizada pelo poder público. Porque, na prática, a possibilidade de responsabilização dessas empresas pelo não atendimento de alguma reclamação poderia criar incentivos para o surgimento, ao invés de uma verdadeira ponderação, da tendência ao apagamento total, irrestrito e irrefletido — ainda que a experiência europeia parece indicar que esse não é o caso, não há qualquer garantia de que o resultado positivo se repetiria no Brasil.

Finalmente, em sentido diverso, o PL 5203/2016 traz proposta também bastante interessante, ainda que polêmica. Proposto no âmbito da CPI dos Crimes Cibernéticos, o projeto visa determinar “a indisponibilidade de cópia idêntica de conteúdo reconhecido como infringente, sem a necessidade de nova ordem judicial”, acrescentando ao Marco Civil da Internet o seguinte dispositivo:

**Art. 20-A** O provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no âmbito e nos limites técnicos dos seus serviços, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior, hipótese na qual não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos.

§1º. A remoção de conteúdo prevista no caput dependerá de notificação que deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como infringente, a conferência da validade da ordem judicial em questão e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

§2º. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere este artigo, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à sua indisponibilização, possibilitando que ingresse em juízo para assegurar o seu direito à liberdade de expressão e a responsabilização por abuso de direito ou pelo dano causado por retirada decorrente de notificação indevida.

Na justificação do projeto argumenta-se, e deve-se concordar, que um dos grandes desafios trazidos especificamente pela internet é a garantia de que as

ordens judiciais terão efeito prático, isto é, que conteúdos considerados infringentes serão mantidos fora da rede, tão caracterizada pela ampla possibilidade e facilidade de difusão e replicação de conteúdo que permite, sem grande esforço, a ampliação e perpetuação do dano. Dessa forma, o projeto pretende, nesse ponto, reforçar a garantia de eficácia do direito ao esquecimento online, dispensando a obtenção de múltiplas ordens judiciais para remoção de um único conteúdo, compartilhado diversas vezes e sucessivamente, mesmo após a ordem de retirada original.

Ainda que não se trate especificamente de estabelecer um direito ao esquecimento na internet, é uma proposta bastante interessante como norma complementar a esse direito: os objetivos são claros e, à primeira vista, o texto sugerido se presta de maneira adequada a alcançá-los. Além disso, deve-se perceber como, neste caso, o ônus transferido para os provedores não é tão grande ou arriscado quanto em propostas analisadas anteriormente, uma vez que não lhes é imposta a realização de nenhuma avaliação quanto ao conteúdo a ser indisponibilizado — ao contrário, a notificação deve ser inquestionavelmente respaldada em ordem judicial já proferida e referente a conteúdo claramente identificado e idêntico.

### 3.2 Caso “Aída Curi”

Noite de 14 de julho de 1958, no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Duas jovens saem, juntas, do curso de datilografia, rumando para o ponto de ônibus de onde pretendem voltar para casa: Aída Jacob Curi, de 18 anos, e sua colega de curso, Ione Arruda Gomes. Mais tarde naquela noite, Aída seria atirada do 12º andar do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, em um crime que ganhou repercussão nacional com a extensa cobertura, pela mídia da época, de seu julgamento (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018; VERUNSCHK, 2016). Os fatos, em síntese: Aída e Ione teriam sido abordadas, naquela noite, por alguns rapazes que demonstraram interesse nelas.

Aída, descrita após sua morte como “inocente, casta e religiosa” (LINHA..., 2004), teria negado — segundo a versão dos fatos apresentada por sua família — os avanços dos rapazes, que procederam, então, a tomar dela sua bolsa, onde a jovem levava o dinheiro para voltar para casa. Nem mesmo esse artifício teria sido suficiente para quebrar a resistência da jovem às pretensões daquele grupo, motivo pelo qual os objetos tomados de Aída teriam sido utilizados para atraí-la até o edifício do qual, após ser arrastada até o terraço e sofrer grande violência física, teria sido atirada para a rua em uma tentativa, pelos agressores, de encobrir seu delito com um aparente suicídio. Por mais que a defesa tenha apresentado a tese de que Aída teria subido voluntariamente ao terraço do Rio Nobre, atraída por um convite para “ver a linda vista da praia”, a violência pra-

ticada contra a jovem, bem como o brutal assassinato que a seguiu, são fatos incontestáveis (BAYER, 2015; ABÍLIO; MENDONÇA, 2018).

Foram três os homens que levaram Aída Curi até o alto do edifício: Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos, “com pinta de galã de cinema francês, que usava um irresistível par de óculos escuros, dando-lhe um ar de playboy que seduzia diversas garotas no apazível bairro de Copacabana” (BAYER, 2015); Cássio Murilo Ferreira, de 17 anos; e Antônio João de Souza, porteiro do Rio Nobre que teria, também, subido e observado o ocorrido entre Aída e os dois rapazes. O processo foi conturbado e a cobertura da mídia extensa; no final, o porteiro foi absolvido, o menor recebeu as medidas socioeducativas cabíveis e o galã, pena privativa de liberdade de oito anos (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018). A família sofreu, o Estado cumpriu seu papel e o crime entrou para a História.

Quase cinquenta anos depois, em 29 de abril de 2004, o chamado “Caso Aída Curi” foi tema do programa televisivo “Linha Direta Justiça”, da Rede Globo. Uma espécie de edição mensal especial do “Linha Direta”, o “Justiça”, se propunha a apresentar “crimes famosos que abalaram o Brasil”, casos que haviam ganhado repercussão na mídia quando de sua ocorrência e cujo julgamento já estivesse encerrado (MEMÓRIA... [b]). Uma diferença fundamental entre o “Linha Direta” e o “Justiça” estava na execução das reconstituições dos crimes, que eram aliadas às entrevistas e documentos originais na narrativa dos casos. “No *Justiça*, os casos apresentados já tinham sido encerrados, o que permitia à produção inserir diálogos nos roteiros e contar com atores mais conhecidos pelo público” (MEMÓRIA... [b]). Assim, quando o episódio referente à Aída Curi foi ao ar, não foram exibidas simplesmente as fotos da moça (abundantes, devido a já referida amplitude da cobertura midiática da época), mas, também, encenações do que teriam sido seus últimos momentos de vida, com todos os recursos de produção típicos de um programa televisivo.

Não espanta, portanto, que os parentes de Aída — seus irmãos, no caso — tenham sentido, mesmo após tantos anos, que a transmissão da história do crime em rede nacional reabriu antigas feridas e trouxe à tona todos os sentimentos e sofrimentos envolvidos na tragédia. Ingressaram, portanto, com ação de indenização contra a emissora, fundamentando seu pleito na ilicitude da exploração da imagem de sua irmã após tantos anos (especialmente quando, segundo alegaram, a emissora havia sido notificada por eles quanto a sua discordância sobre a exibição do programa), bem como no suposto enriquecimento ilícito da emissora, através da audiência e publicidade, com a exploração indevida da tragédia familiar que já teria sido esquecida pelo público (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018; Acórdão “Aída Curi”).

A pretensão indenizatória dos autores foi negada em primeira instância e também em grau de apelação, “pelo entendimento de que, no caso em ques-

tão, seria impossível a emissora de televisão responsável pelo programa apresentar a situação sem ligá-la ao nome e imagem da vítima, pois o caso é um dos crimes históricos mais famosos do País” (Acórdão “Aída Curi”), chegando, então, à 4ª Turma do STJ pela via do Recurso Especial — cujo julgamento será devidamente apresentado no tópico 3.4.

### 3.3 Caso “Chacina da Candelária”

Madrugada de 23 de julho de 1993, no Centro do Rio de Janeiro. Como de costume, vários moradores em situação de rua, principalmente menores, dormem no entorno da Igreja da Candelária, quando figuras encapuzadas saem de um carro e começam a disparar contra eles. Foram inúmeros feridos e oito mortos. O motivo do crime, supostamente, teria sido a vingança contra o apedrejamento de uma viatura policial no dia anterior por um dos menores. A tragédia, naturalmente, teve ampla repercussão, inclusive internacional, colocando grande pressão sobre as autoridades para a resolução do caso (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018; MEMÓRIA...).

Em uma investigação conturbada e sob o escrutínio constante da mídia, os encarregados do caso não demoraram a anunciar três prisões, de dois policiais e um serralheiro, apontados como responsáveis pelo crime. Três anos mais tarde, quando um dos verdadeiros assassinos procurou as autoridades para confessar o crime, todos os três foram inocentados — o serralheiro, que mais tarde viria a pleitear seu direito de ser esquecido, foi absolvido por decisão unânime do júri (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018; MEMÓRIA...). Os verdadeiros culpados (ou, ao menos, alguns deles) foram então identificados, mas a chacina já havia deixado sua marca traumática na história nacional, e na vida dos três inocentes que foram deixados por anos na cadeia.

Em 27 de julho de 2006, o “Linha Direta Justiça” exibiu seu episódio sobre a Chacina da Candelária (MEMÓRIA...). Nos mesmos moldes já apresentados, o programa consiste numa mescla de reconstruções dos fatos, utilizando-se de atores, de entrevistas com os envolvidos à época, e de trechos da cobertura jornalística original. Dessa forma, todos os envolvidos foram nomeados e tiveram sua imagem exibida, mesmo que apenas na forma de vídeos integrantes do arquivo da emissora, retirados da cobertura original do caso. Dentre eles, foram identificados aqueles três homens vítimas da prisão original, e o programa fez questão, naturalmente, de salientar o posterior reconhecimento da sua inocência. Ainda assim, um deles — o serralheiro — negou, alegadamente, a concessão de entrevista à emissora para produção do programa, posicionando-se contrariamente à sua própria exibição, e “teve sua vida, que vinha buscando reconstruir, abalada novamente pelo reavivamento de tais fatos na memória coletiva” (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018, p. 85). Ingressou, então, com ação indenizatória:

Porém, em junho de 2006, foi ao ar o programa, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Segundo entende, levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação o prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por “justiceiros” e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares. (Acórdão “Chacina da Candelária”, p. 6).

A pretensão indenizatória foi julgada improcedente em primeira instância, dando o juiz maior valor, no sopesamento dos princípios em questão, ao interesse público na divulgação dos fatos relacionados à Chacina, evento indiscutivelmente histórico. A preservação da memória popular e a maneira como foram apresentados os fatos seriam suficientes, no entendimento do sentenciante, para mitigar o direito ao anonimato pleiteado pelo autor. Tal entendimento foi reformado, entretanto, em grau de apelação, ocasião na qual se considerou a vontade expressa do autor contra a exibição do programa e, também, o papel “meramente lateral e acessório” de sua participação no caso, tendo sido absolvido e voltado, então, ao anonimato. Assim, sendo — como, efetivamente, é — possível contar a história da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, deveria prevalecer, para o Tribunal, seu desejo expressamente manifestado de permanecer no anonimato (Acórdão “Chacina da Candelária”). Inconformada, a emissora levou o caso também ao STJ pela via do Recurso Especial, onde foi julgado em conjunto com o caso “Aída Curi”, conforme se passa a expor.

### **3.4 Julgamentos no STJ**

Diante do grande número de questões constitucionais envolvidas no debate sobre o esquecimento, pautado principalmente pelos princípios fundamentais da liberdade de expressão/informação e da proteção à pessoa, pode parecer estranho que tenha sido o STJ o primeiro dos tribunais superiores a se manifestar sobre o tema dentro do contexto nacional. Justificando o conhecimento dos dois recursos especiais que aqui serão analisados (REsp 1335153/RJ — Aída Curi e REsp 1334097/RJ — Chacina da Candelária), no entanto, o Ministro relator Luis Felipe Salomão destaca a maneira como o processo de constitucionalização do direito civil alterou o paradigma de uma divisão clara e bem definida entre as matérias propriamente constitucionais e as meramente legais:



Porém, em contrapartida, **é de alçada legal a exata delimitação dos valores** que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, **como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa**, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante. [...]

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, **o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita** (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011); e assim o fazendo, não se há falar também em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Acórdão “Aída Curi”, p. 9 e 12-13, grifos nossos).

Realmente, o referido processo de constitucionalização do direito civil — que tem em seu cerne a centralidade assumida pela Constituição no ordenamento — impõe a interpretação de suas normas através do filtro principiológico contido na norma fundamental e que foi fomentado pela própria doutrina civilista. Nesse contexto, uma das transformações mais relevantes provocadas sobre as normas civis decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado pela Constituição de 1988 a fundamento da própria República (art. 1º, III), que tem impacto direto sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade (BARROSO, 2015, p. 405-410). É por isso que, mesmo estando o debate acerca do direito ao esquecimento firmemente calcado no conflito de preceitos constitucionais, pode decidir sobre ele um tribunal de competência infraconstitucional: na verdade, o que faz é aplicar as normas de sua competência, em conformidade com aqueles preceitos maiores, e não julgar diretamente o conflito entre estes. “No caso em apreço, o confronto entre liberdade de informação e os direitos da personalidade [...] pode ser bem solucionado a partir da exegese dos Arts. 11, 12, 17, 20 e 21, do Código Civil”<sup>24</sup> (Acórdão “Aída Curi”, p. 15).

24 **Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Antes de passar à análise das decisões propriamente ditas, há mais um ponto a ser esclarecido. Ainda que os dois recursos especiais ora estudados tenham sido julgados em conjunto, em 25 de maio de 2013, os seus resultados não são idênticos. O voto do relator para ambos os casos, Ministro Luis Felipe Salomão, é, em grande parte, o mesmo, no que diz respeito à sua análise sobre a possibilidade de reconhecimento de um direito ao esquecimento a partir da legislação brasileira. Ainda assim, a conclusão diverge: enquanto no caso Aída Curi o referido direito, apesar de reconhecido como existente, é afastado diante do conjunto fático, no caso Chacina da Candelária, o direito ao esquecimento é concedido ao autor. Assim, o primeiro tem como resultado um julgamento por maioria no qual o pleito de esquecimento é negado, e o segundo tem um julgamento unânime no qual é concedido. Ou, ao menos, isso é o que poderia parecer à primeira vista.

Explica-se. O que ocorre, na verdade, é que a questão submetida ao STJ não era propriamente a aplicabilidade do direito ao esquecimento aos casos, uma vez que ambos os programas televisivos já haviam sido exibidos antes do ajuizamento das respectivas ações. O que os autores pretendiam, portanto, era ver reparado o dano moral a eles causado em razão da referida exibição, com fundamento no seu direito a ser esquecido. É exatamente essa peculiaridade que permitiu o exame dos casos, tratando-se da indenização (matéria, portanto, do Código Civil, atinente à legislação federal e não diretamente à Constituição). Desse modo, a discussão passa ao largo da crítica de censura — ainda que não deixe de enfrentá-la —, visto que não está em jogo a retirada ou proibição de exibição de qualquer conteúdo, mas apenas a indenização por suposto uso indevido de imagens. Isso fica bastante claro no voto proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti no caso Aída Curi:

---

**Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

**Art. 17.** O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

**Art. 20.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

**Art. 21.** A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Ressalto, em primeiro lugar, que a controvérsia em exame nada se relaciona com censura, pois não foi inibida a apresentação do episódio na televisão, a despeito da vontade em sentido contrário declarada pelos autores e da proteção ao direito de imagem consagrada no art. 20 do Código Civil em vigor. Cuida-se, após o fato consumado, de compor os prejuízos alegados na inicial. (Acórdão “Aída Curi”, p. 45).

Por mais que isso pareça limitar a importância das decisões, no entanto, elas não deixam de ter valor. Mantém-se a afirmação de que o direito ao esquecimento foi expressamente reconhecido pela 4ª Turma do STJ, nestes dois casos, e ela é verdadeira. O que se observa, entretanto, é que a ponderação final sobre a sua aplicabilidade a cada caso poderia ter alcançado conclusão diversa se o pleito não fosse a mera indenização, mas sim o verdadeiro impedimento de exibição dos programas — ou, como é mais frequente nos casos de esquecimento na internet, a remoção ou desindexação de determinado conteúdo. Essa complexidade extra nos casos envolvendo a internet é, inclusive, reconhecida pelo Ministro relator, ainda que não aprofundada, porquanto os casos sob análise se limitavam ao escopo da mídia televisiva.

Passando, enfim, à análise propriamente dita da adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro relator começa por diferenciar os dois casos sob exame dos precedentes do STJ que já enfrentavam a questão do confronto entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, destacando que enquanto aquelas decisões “quase sempre estiveram inseridas em um contexto de ilicitude da publicação”, “o cerne da controvérsia [nos casos novos] transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados” (Acórdão “Aída Curi”, p. 16). Justamente por essa distinção, os casos Aída Curi e Chacina da Candelária se revelaram paradigmáticos, não sendo imediatamente resolvidos com os critérios anteriormente estabelecidos nas discussões de ilicitude do conteúdo, quais sejam:

Bem por isso esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como: “(I) o **compromisso ético com a informação verossímil**; (II) a **preservação dos chamados direitos da personalidade**, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a **vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar** a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)” (REsp 801.109/

DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012).

Por outro enfoque, assinalando o traço da contemporaneidade que, de regra, marca a atividade jornalística, [...] afirmei que, **embora não se permitam leviandades por parte do jornalista, também não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.** Exige-se — como assinalado no voto condutor do citado precedente —, **com a rapidez e velocidade possíveis, uma diligência séria que vai além de meros rumores [...].** (Acórdão “Aída Curi”, p. 16, grifos nossos).

A análise do direito ao esquecimento, então, precisa se pautar em outros critérios e argumentos, sendo três os principais trazidos no voto do Ministro relator. Primeiro, a liberdade de imprensa não é absoluta e a própria Constituição que a consagra impõe limites a ela; os limites à liberdade de imprensa não constituem, automaticamente, ato de censura. Segundo, que a historicidade da notícia jornalística, especialmente policial, deve ser vista com cautela visto que, em muitos casos, a “fama” adquirida originariamente por determinados crimes é artificial e decorrente de abusos na atuação midiática da época; não só isso, o interesse público é conceito bastante fluido, principalmente quando se trata da divulgação de delitos e dos processos judiciais que os seguem. Terceiro, o Direito e o tempo estão intrinsecamente relacionados, havendo diversos institutos jurídicos que atribuem significação à passagem do tempo, não sendo a possibilidade de esquecimento uma extrapolação absurda desta ideia. Vejamos, então, como cada um desses pontos é desenvolvido.

Em que pese “o estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático” (Acórdão “Aída Curi”, p. 21) e o vínculo naturalmente realizado, especialmente no contexto brasileiro, entre qualquer tentativa de limitar a imprensa e um momento passado (não tão distante) de ruptura democrática, fato é que a Constituição Federal “[traça] as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade [de informação e de manifestação do pensamento] será exercida, reafirmando, assim, como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos” (Acórdão “Aída Curi”, p. 22). Nesse sentido, extremamente relevante recorrer, como fez o Ministro relator em seu voto, ao texto disposto nos artigos 220 e seguintes, nos quais os limites à liberdade são explicitados pela mesma norma que a institui (grifos nossos):

**Art. 220.** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.**

*§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X,<sup>25</sup> XIII e XIV.*

*§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...]*

**Art. 221.** A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...]

IV — respeito aos **valores éticos e sociais da pessoa e da família.**

Tomar a liberdade informativa como absoluta e desconsiderar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem seria, portanto, “hipertrofiar a liberdade de informação [...] à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana” (Acórdão “Aída Curi”, p. 22), quando, na verdade, a Constituição parece dar preferência à própria proteção da pessoa humana, não só estabelecendo-a como caso especial, em que a liberdade em questão deve ser relativizada, mas também, como já visto, tendo alçado mais do que a direito fundamental, a fundamento da República Federativa do Brasil. E se essa preferência é interpretativa quando se trata da Constituição, destaca o Ministro, é tornada bastante clara na legislação infraconstitucional, a exemplo do disposto nos artigos 11, 20 e 21 do Código Civil. Tendo-se sempre em mente, claro, que a eventual preferência de um ou outro direito deve decorrer, em última instância, da ponderação sobre o caso concreto.

Passando para a questão da historicidade e do interesse público, o Ministro relator não deixa de reconhecer a importância da História como patrimônio imaterial do povo na qual “se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época” (Acórdão “Aída Curi”, p. 26), ponto que, como visto, é bastante caro a muitos dos críticos do direito ao esquecimento. Tampouco nega o interesse público contido na divulgação de crimes e delitos (nos casos de ação penal pública, por exemplo, a constatação desse interesse é, inclusive, requisito para a própria persecução penal), chegando a destacar que, muitas vezes, o que se busca não é o esquecimento mas, ao contrário, a

25 “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

memória: o caso Maria da Penha, por exemplo, eternizado com a edição de lei que, levando o nome da vítima, contribuiu para a prevenção e punição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Ao mesmo tempo, o Ministro faz a ressalva:

A historicidade da notícia jornalística, todavia, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela por razões bem conhecidas por todos.

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas **também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões**, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do “bandido” vs. “cidadão de bem”. No ponto, faz-se necessário desmistificar a postura da imprensa no noticiário criminal, a qual — muito embora seja uma instituição depositária de caríssimos valores democráticos — *não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime*. (Acórdão “Aída Curi”, p. 27, grifos nossos).

E esse tipo de exploração de notícias e histórias sobre o crime é exemplificado, também, pelo próprio “Linha Direta”, programa no qual foram ao ar os conteúdos questionados em ambas as ações. Na descrição da Juíza Federal Simone Schreiber, “a principal técnica utilizada pelo Linha Direta é a conjugação de jornalismo e dramatização” (SCHREIBER, 2008, p. 362-363, *apud* Acórdão “Aída Curi”, p. 28), intercalando na narrativa do crime arquivos jornalísticos e depoimentos com uma reconstrução, utilizando-se de atores, do momento de cometimento do crime. Dessa forma, ao mesmo tempo que há crimes que se tornam verdadeiramente históricos, há outros cuja grande repercussão se deve exclusivamente ao modo como são explorados pela mídia. Trata-se, naturalmente, de uma linha bastante tênue, mas que deve ser observada também durante o processo de ponderação, conforme as informações fáticas de cada caso:

**[A] historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos.** Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo — a pretexto da historicidade do fato — **pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade**

**humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.**

Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo — tardio, mas possível — das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

**Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, pode ser ponderada caso a caso, devendo ser aferida também a possível artificiosidade da história criada na época.** (Acórdão “Aída Curi”, p. 29, grifos nossos).

Associada à questão da historicidade está, também, a do interesse público. Se, durante a investigação e a persecução penal de certo delito, presume-se um interesse em sua divulgação pela contemporaneidade dos fatos, esse interesse tende a ser reduzido com o passar do tempo, a não ser naqueles casos especiais, já mencionados, em que o crime e a reação social e estatal a ele são alçados a verdadeiro patamar de fatos históricos. Conforme mencionado em momento anterior, a própria Constituição prevê a proteção da pessoa como argumento capaz de afastar a publicidade e o interesse público de certos fatos, de modo que deve este ser considerado, e não descartado, na análise de cada caso em que se pleiteia o esquecimento.

Mas mesmo esse critério do interesse público é, naturalmente, alvo de críticas. Binenbojm, por exemplo, discorda “veementemente” de sua adoção pelo STJ nos casos em pauta, especialmente pela vagueza inerente ao conceito, “por demais impreciso para servir de standard para a limitação da liberdade de informação, no Brasil ou em qualquer país do mundo” (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 40). É verdade que há um grau de incerteza relevante, e que a adoção deste critério abre um espaço talvez muito amplo para a discricionariedade do julgador. Mas, ao mesmo tempo, o fato de o STJ ter julgado simultaneamente dois casos com conclusões diversas oferece uma perspectiva interessante sobre os limites dessa zona de incerteza. Ultrapassada a questão do caráter histórico do crime, reconhecido em ambos os casos, a decisão quanto à possibilidade do esquecimento repousou, em última análise, na importância de cada personagem para sua narrativa. E essa é uma questão que pode facilmente ser feita em cada caso: a identificação desse indivíduo é absolutamente essencial para que se conte a história, ou pode ser dispensada?

Finalmente, o terceiro argumento principal desenvolvido nos acórdãos do STJ parte da constatação de que “Tempo e Direito [...] são fenômenos que

guardam relação intrínseca, de modo que tanto o Direito confere significação à passagem do tempo, quanto este interfere na manifestação do Direito” (Acórdão “Aída Curi”, p. 31). O Ministro relator destaca, principalmente, não serem poucas as situações em que o Direito busca meios de estabilizar o passado e impedir que se continue discutindo e retomando questões já ultrapassadas. A prescrição é sinalizada como o grande exemplo de estabilização das relações jurídicas no âmbito civil, mas são citados também institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a irretroatividade da lei, e a própria reabilitação penal, cujo reconhecimento no STJ como forma de direito ao esquecimento já é pacífica.

Nesse sentido, a pretensão de se passar a atribuir um caráter de ilicitude sobre a divulgação de determinadas informações em razão da mera passagem do tempo não é uma ideia completamente estranha à ordem jurídica nacional. Mais do que isso, a já mencionada perda do interesse público e a proteção da dignidade humana imporiam esse esquecimento como melhor curso de ação, especialmente quando, muitas vezes, os envolvidos em casos de esquecimento jamais pretendiam ter saído do anonimato, tendo isso ocorrido apenas por seu envolvimento fortuito em acontecimentos públicos que vieram a ter grande repercussão. À medida que os fatos que circundam o crime são investigados, a resposta estatal é concretizada pelo processo e a pena é cumprida, o interesse de que essas informações sigam sendo divulgadas também vai diminuindo — mas, como nenhum dos argumentos aqui apresentados opera isoladamente, o interesse histórico pode se sobrepor a esse efeito da passagem do tempo, conforme já visto. E, em regra, esse efeito independe da verificação de veracidade das informações:

**Desde sempre se reconheceu que a verdade é uma limitação à liberdade de informar.** Vale dizer que a liberdade de informação deve sucumbir perante a notícia inverídica, como preceituam diversos precedentes da Casa.

Em essência, o que se propõe aqui é, a um só tempo, reafirmar essa máxima, mas fazer acerca dela uma nova reflexão, que conduz à conclusão de que **essa assertiva, na verdade, é de mão única, e a recíproca não é verdadeira.** Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, **a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.**

Nesse ponto, a verossimilhança da informação é apenas um, mas não o único, requisito interno do exercício da liberdade de imprensa. (Acórdão “Aída Curi”, p. 37, grifos nossos).



Estabelecida, portanto, a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, por seus fundamentos tanto constitucionais como infraconstitucionais, o Ministro relator passa então à análise dos dois casos concretos, lembrando sempre que “o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar” (Acórdão “Aída Curi”, p. 2), fazendo-se necessária a consideração dos aspectos fáticos do caso. Nesse sentido, o primeiro ponto a ser destacado é o fato de o direito ao esquecimento não ser restrito aos condenados que já cumpriram sua pena, mas também aos absolvidos em processo criminal ao qual foram submetidos (como no caso “Chacina da Candelária”) e às vítimas e seus familiares (como em “Aída Curi”). Caso contrário, afirma o relator, “chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos” (Acórdão “Aída Curi”, p. 39).

Em que pesem suas particularidades, a solução de ambos os casos parece estar, fundamentalmente, na questão da historicidade — não só dos fatos em si, mas da própria participação neles de quem pleiteia o esquecimento. No caso de Aída Curi, vítima de crime que, como visto, teve repercussão nacional, o entendimento adotado foi no sentido de que a narrativa do crime, de interesse histórico, não seria viável, caso omitida a figura de Aída. Indício forte da coerência de tal conclusão é, inclusive, o fato de o caso ter se tornado conhecido justamente pelo nome dessa personagem central, ao contrário da Chacina da Candelária. Assim, o Ministro relator conclui que a pretensão de excluir Aída Curi de sua história “significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Dorothy Stang, sem Dorothy Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro” (Acórdão “Aída Curi”, p. 39-40). Em todos eles, a vítima se tornou indissociável do delito.

Naturalmente, é possível questionar, diante dessa conclusão, se o caso Aída Curi é realmente um crime histórico, merecedor desse tipo de recordação, ou se todo o interesse público no caso já se esvaiu, uma vez que “já houve o cumprimento das penas dos condenados e a retratada era uma pessoa comum, uma moça qualquer da cidade do Rio de Janeiro”, como destacou a Ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto divergente (Acórdão “Aída Curi”, p. 46). Mais do que isso, a Ministra levanta também um questionamento interessante sobre a maneira como os fatos são lembrados, sugerindo que, no caso do “Linha Direta”, os fins são muito mais comerciais do que propriamente históricos ou informativos (e, por isso, a divulgação da imagem e nome dos envolvidos, sem o seu consentimento, seria apta a gerar indenização). O próprio Ministro relator não descarta, como visto anteriormente, a possibilidade de análise sobre a

maneira como o crime se tornou histórico em primeiro lugar, mas afasta essa hipótese ao não reconhecer, no exame do caso, exploração abusiva da imagem da vítima na cobertura midiática original do crime.

Em questionamento semelhante ao levantado pela Ministra Gallotti, o advogado da família Curi, Roberto Algranti Filho, busca afastar a questão da historicidade afirmando que “Aída Curi não é Getúlio Vargas” (AUDIÊNCIA..., 2017, p. 27). E tem razão. Mas, ao mesmo tempo, recordando oportunamente a lição de Sarmiento (2016, p. 199-200), deve-se destacar que a História não se resume aos Getúlio Vargas, sendo constituída também, em parte não menos relevante, pelas Aída Curi. Nesse sentido, a negativa do direito ao esquecimento à família Curi, em relação a este evento específico, atende justamente aos anseios dos críticos preocupados com a preservação da História. A existência de um direito ao esquecimento, por si só, não implica automaticamente na supressão das informações, sendo preservado ao julgador o espaço de manter viva a recordação de fatos que tenham efetivamente relevância e interesse.

Até porque, como se viu na narrativa do caso Chacina da Candelária apresentada acima, mesmo quando é reconhecido o direito ao esquecimento, há a oportunidade de manutenção dos fatos. Realmente, ninguém duvida da importância de lembrar e manter viva a memória de tamanha tragédia ou dos erros cometidos pelas autoridades em sua reação a ela. Mas, ao mesmo tempo, esta narrativa específica não é prejudicada com a supressão do personagem que pleiteia, anos depois, o esquecimento: seu papel não foi central ao caso, e pode muito bem ser mencionado sem a individualização realizada pelo programa da Rede Globo. Nas palavras do Ministro relator,

A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado — com muita razão — um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, **o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.**

**Nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido,** ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, **a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor,**

**o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.**

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte. (Acórdão “Chacina da Candelária”, p. 45-46, grifos nossos).

Realmente, no caso, a divulgação do nome e imagem do indivíduo não traz nenhuma vantagem sob o ponto de vista histórico, e cria inúmeros problemas do ponto de vista humano, dificultando a defesa do argumento de que deveria prevalecer a liberdade de imprensa. Até porque o direito ao esquecimento aqui reconhecido não impõe ou implica no apagamento dos dados originais, sejam eles aqueles divulgados pela mídia na época ou constantes da investigação policial e do processo judicial subsequente, mas apenas a restrição de nova divulgação. E não é colocado nenhum impedimento a que esta restrição se desfça quando, passado mais tempo, a divulgação dessas informações pessoais já não possa mais impactar negativamente uma vida, a exemplo do que ocorreu no caso *Lebach II*. Importante destacar, nesse ponto, que o referido impacto negativo é também colocado nos acórdãos do STJ como fator que influencia a decisão, considerando, inclusive, a possibilidade — e, para alguns, triste realidade — de sua diminuição com o passar do tempo:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral.

Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. (Acórdão “Aída Curi”, p. 41).

Em síntese, adotando-se o modelo de análise exposto no voto do relator e seguido, em grande parte, pela 4ª Turma do STJ, temos que a identificação do direito ao esquecimento, no que se refere às informações veiculadas na mídia televisiva, depende da verificação de efeitos distintos da passagem do tempo: a perda do interesse público sobre a divulgação da informação, de um lado, e a redução do impacto negativo que a referida divulgação pode exercer sobre a pessoa retratada, de outro. Não só isso, deve entrar no cálculo também o eventual reconhecimento da informação em questão como fato histórico, variável essa que inclui o papel e modo de atuação da mídia sobre o caso e o grau de participação, nos fatos narrados, do indivíduo que pleiteia o esquecimento.

Schreiber ressalta, ainda, que por mais que a definição adotada pelo STJ para o direito ao esquecimento tenha sido “um direito de não ser lembrado contra sua vontade”, a vontade do retratado não tem, na verdade, tanto peso sobre a decisão como se poderia crer. Isso porque a concessão do direito mediante mero requerimento teria um potencial disruptivo das liberdades comunicativas muito maior, com cada indivíduo efetivamente controlando de modo irrestrito as informações disponíveis sobre si. Esse extremo, naturalmente, não tem base constitucional, e concretizaria muitos dos receios expressados pelos críticos do direito ao esquecimento. É por esse motivo que o professor defende a aplicação criteriosa do direito, na linha do que foi desenvolvido pelo STJ, “atentando não para a vontade do sujeito retratado, [...] mas sim para a situação objetiva a qual revele que aquela projeção específica do ser humano na esfera pública, com base em uma condição pretérita, efetivamente compromete ou impede a realização da sua personalidade no momento atual” (AU-DIÊNCIA..., 2017, p. 109-110).

Um último ponto a ser destacado é que, apesar de terem sido os primeiros e — até o momento — os mais comentados, os casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária” não são os únicos a terem chegado ao STJ. A busca pelo termo “direito ao esquecimento” no *site* do Tribunal retorna trinta acórdãos sobre o tema, sendo que vinte e um deles se inserem no campo do direito penal e, portanto, fogem ao escopo deste trabalho. Os demais,<sup>26</sup> no entanto, merecem

26 Além de “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, são eles: **REsp 1434498/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015; **REsp 1369571/PE**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016; **AgInt no REsp 1593873/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016; **AgInt no REsp 1599054/RJ**, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017; **REsp 1660168/RJ**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018; **REsp 1736803/RJ**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020. Todas as ementas consultadas em 10 maio 2020.

alguma consideração, visto que abordam pontos diversos dos já tratados ao longo deste capítulo.

O REsp 1434498/SP, ainda que não trate diretamente do direito ao esquecimento, coloca no centro da discussão a preservação da História nacional e a identificação daqueles que dela participaram. Trata-se, na origem, de ação declaratória de existência de responsabilidade civil e danos morais pela prática de ato ilícito, interposta contra Carlos Alberto Brilhante Ustra pela prática de tortura, no período da ditadura militar, contra os demandantes. A Ministra relatora, Nancy Andrigli, defendeu em seu voto o direito ao esquecimento dos anistiados políticos, não podendo ser responsabilizados civilmente aqueles que agiram em nome do Estado por força da Lei de Anistia que, apesar de não representar leniência aos crimes cometidos, fez uma opção por seguir adiante e não se prender ao passado, em nome da esperança e da pacificação nacional.

Esse tipo de posicionamento, especialmente num caso tão extremo, revela exatamente o potencial censório apontado pelos críticos do direito ao esquecimento. Ressalte-se que, no caso, não se buscava nenhuma compensação patrimonial pelos danos sofridos, mas apenas o reconhecimento de sua existência e autoria. Reconhecer o direito ao esquecimento, aqui, seria, sem dúvida, apagar a História. O entendimento prevalecente, entretanto, foi aquele inaugurado no voto de divergência do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que reconheceu o papel fundamental, no Estado Democrático de Direito, da “recuperação da memória histórica [...] para uma nação para evitar que essas graves violações aos direitos humanos voltem a ocorrer” (p. 18 do acórdão). Mais do que demonstrar o potencial negativo do direito ao esquecimento, portanto, o que este caso ajuda a revelar é o caminho a ser tomado, diante do caso concreto, pela ponderação de valores, além de trazer uma esperança de que o direito ao esquecimento pode, sim, ser reconhecido, pois os eventuais abusos serão contidos.

Os casos seguintes, infelizmente, tampouco adentram na questão do esquecimento, mencionando-a apenas superficialmente. O REsp 1369571/PE, por exemplo, tratava de matéria jornalística, publicada em meio impresso, e se resolveu através da análise clássica da responsabilidade civil dos meios de imprensa, preocupando-se mais em definir a eventual culpa da empresa jornalística do que se aprofundar em uma questão tão secundária ao caso como o efeito da passagem do tempo sobre a possibilidade de publicação da matéria em questão. O AgInt no REsp 1593873/SP, por sua vez, leva a discussão para o ambiente digital e a possibilidade de pedido de desindexação contra os provedores de busca, concentrando-se nas limitações de responsabilidade trazidas pelo Marco Civil da Internet. No mesmo sentido, o AgInt no REsp 1599054/RJ, que explicitamente seguiu o precedente fixado pelo caso anterior.

Se, por um lado, essa abordagem é elogiada por privilegiar o estabelecimento de regras (no caso, pelo Marco Civil) sobre a abertura extrema para discussões casuísticas de sopesamento de princípios, é criticada, por outro lado, por reforçar uma definição de direito ao esquecimento que dá pouca importância ao fator temporal, priorizando a vontade do indivíduo que quer ver uma informação removida (COSTA; MINIUCI, 2018, p. 13). Na prática, a menção ao direito ao esquecimento neste caso pouco acrescenta ao debate, apesar da oportunidade de aprofundá-lo ao transpor a discussão para o meio digital — o que não havia sido possível em “Áida Curi” e “Chacina da Candelária”.

O REsp 1660168/RJ, enfrentando discussão semelhante à dos dois anteriores, leva-a um pouco adiante. O Ministro Marco Aurélio Bellizze, em seu voto, busca efetivamente tecer considerações profundas sobre o caso em análise, verificando o impacto que a divulgação contínua de fatos na internet, anos depois do ocorrido, exerce sobre os direitos da personalidade da requerente e apontando a desindexação como um caminho intermediário, capaz de compatibilizar os interesses individuais e coletivos (uma vez que as informações não são apagadas, mas o acesso a elas é restrito a buscas mais específicas). Sobre essa modalidade de esquecimento, o Ministro faz uma consideração fundamental: “essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca” (p. 30 do acórdão).

O REsp 1736803/RJ, finalmente, retorna ao âmbito da mídia impressa e dos crimes históricos, mas confere uma nova perspectiva ao debate. Reconhecendo a preponderância do interesse público nos casos de divulgação de crime notório que permanece relevante à memória coletiva por sua historicidade, a controvérsia levada ao Tribunal conduz a uma discussão não da existência de um direito ao esquecimento, mas de seus limites. Isso porque, no caso, o crime histórico foi utilizado, na verdade, como pretexto para divulgação de outras informações sobre a autora do crime (cuja pena já se extinguiu) e sua família, efetivamente adentrando no âmbito de sua intimidade. A conduta da mídia no caso, naturalmente, foi reconhecida como imprópria, e o Tribunal reafirmou, ao mesmo tempo, a impossibilidade de coibir a veiculação futura de matérias que versem especificamente sobre o fato criminoso (pois este, ao contrário da vida pessoal de sua autora, está protegido por seu interesse histórico). É o mesmo caso que, em 1940, já era analisado pelo Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos em *Sidís*. Ainda assim, representa, sem dúvida, um avanço na discussão sobre o direito ao esquecimento no Brasil, contribuindo — agora que já é reconhecido como existente — para a definição exata de seus contornos.

#### 4. Perspectivas para a Aplicação Futura do Direito ao Esquecimento no Brasil

Em que pese o reconhecimento do direito ao esquecimento na esfera civil pelo STJ, como visto, será a decisão do STF, sem dúvida, que terá maior peso sobre a continuidade do debate nacional sobre o tema. Afinal, será o próprio reconhecimento da compatibilidade — ou, eventualmente, incompatibilidade — do direito ao esquecimento com a Constituição que será seguido, a partir da decisão do Supremo, pelos demais julgadores, sob o risco de ter suas decisões posteriormente reformadas (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018, p. 93). Justamente por isso que o papel do STF será, principalmente, o de lançar as bases para as discussões futuras, fixando um ponto de partida do qual o debate poderá evoluir.

Duas questões preliminares, entretanto, deverão ser analisadas. Em primeiro lugar, o fato de apenas o caso “Aída Curi” estar submetido à análise do Supremo Tribunal, sob o número RE 1.010.606/RJ e relatoria do Ministro Dias Toffoli. O caso “Chacina da Candelária”, por sua vez, que chegou ao STF como ARE 789.246, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, acabou por ser devolvido ao tribunal de origem em razão justamente do reconhecimento, em “Aída Curi”, da repercussão geral. Desse modo, ao invés de serem novamente analisados em conjunto, qualquer decisão sobre o segundo deverá aguardar a resolução do primeiro. O tema para repercussão geral, de número 786, foi definido como a “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares” e delimitado, a princípio, aos artigos 1º, III, 5º, *caput*, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro relator, em julgamento no plenário virtual:

Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.

Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social. (ARE 833248 RG, p. 6).

Nesse contexto, vindo a ser reconhecida pelo Supremo a compatibilidade de um direito ao esquecimento com ordenamento pátrio, o Tribunal terá uma margem menor para definição de seus limites, a princípio, do que teve o STJ. Isso porque,

como visto anteriormente, os dois casos paradigmáticos submetidos ao Tribunal Superior tiveram resultados opostos, estabelecendo desde logo uma margem de análise para o reconhecimento e, também, para o afastamento do direito no caso concreto. No Supremo, sendo julgado apenas um caso, eventual definição de limites ao esquecimento terá uma base menor em questões concretas, podendo deixar, assim, maior espaço de manobra para a ponderação dos julgadores que venham a enfrentar casos semelhantes — o que não seria de todo desejável, como já visto: o importante, nesse momento inicial da discussão, é a definição de parâmetros, visando evitar abusos para qualquer dos lados da discussão.

A segunda questão a ser destacada, neste ponto, diz respeito justamente à controvérsia conceitual pontuada por diversos autores e exposta ao longo deste trabalho. Se, de um lado, os acórdãos inaugurais do STJ deixaram bastante clara a limitação de seu escopo às mídias tradicionais, por força inclusive dos próprios casos que julgavam, de outro lado, verifica-se que isso ainda não ocorreu no STF, quando do reconhecimento e definição do tema de repercussão geral. Essa questão provavelmente será suscitada, naturalmente, por ocasião do julgamento do RE, mas sua indefinição também indica um dos desafios que deverá ser enfrentado pelos Ministros da Corte Suprema. Enquanto o reconhecimento da repercussão geral neste caso indica uma predisposição ao reconhecimento do termo “direito ao esquecimento” em seu sentido mais clássico, cumpre observar que o Ministro Barroso, por exemplo, já se manifestou em ação referente a retirada de matéria jornalística da internet no sentido de que o direito ao esquecimento seria apenas a desindexação nos *sites* de busca: “Aqui, nesse fato concreto, é uma matéria de personalidade e faz comentários críticos. [...] Então você achar que pode suprimir a imprensa escrita, isso é censura. Isso não é nem direito ao esquecimento. **Direito ao esquecimento é uma postulação de retirar do site de busca**” (ABÍLIO; MENDONÇA, 2018, p. 83, grifos nossos).

Apesar de não haver, ainda, perspectiva a curto prazo para o julgamento em si do RE 1.010.606/RJ pelo plenário do Supremo, alguns andamentos relevantes já podem ser verificados no processo: em 11 de julho de 2016, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot apresentou seu parecer, pelo não provimento do RE em razão da inexistência de demonstração de violação de direitos da personalidade dos recorrentes (entendimento reiterado em 25 de setembro de 2018 pela então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge), e em 12 de junho de 2017, realizou-se Audiência Pública, com grande participação, para promover o debate sobre o tema já no âmbito do STF. Desde outubro de 2018, entretanto, o caso encontra-se concluso ao Ministro relator, conforme informação disponível no próprio site do Tribunal<sup>27</sup>.

27 Consulta realizada em 24 mai. 2020, no endereço <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>.



Ainda que o primeiro dos pareceres do MPF reconheça não haver obstáculo, *a priori*, para uma futura aceitação e regulação do direito ao esquecimento pelo ordenamento jurídico pátrio, defende principalmente que, diante da grande complexidade do tema e das amplas possibilidades para seu enfrentamento e delimitação, a temática carece, sobretudo, de um amadurecimento na doutrina e da devida atenção do Poder Legislativo. Não é à toa que a conclusão do PGR quanto à pretensão indenizatória dos recorrentes esteja mais pautada em uma análise sob a ótica dos direitos da personalidade do que de um eventual direito ao esquecimento: o parecer defende, essencialmente, que a questão do direito ao esquecimento não é própria para a disciplina jurisprudencial, havendo “pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral”, em razão da própria natureza individual e casuística dos litígios sobre o direito ao esquecimento (BRASIL — PARECER..., 2016, p. 38-42 e 47-48).

O segundo parecer, por sua vez, ainda que consideravelmente mais conciso (especialmente por reiterar o anterior, objetivando apenas acrescentar a ele), dedica-se mais diretamente à questão do direito ao esquecimento. Partindo da doutrina de André de Carvalho Ramos, que desdobra o direito ao esquecimento na proibição de nova divulgação e na pretensão de efetivo apagamento do dado, e da decisão do TJUE em *Google Spain*, a PGR reforça a ideia de inviabilização da transcendência da coisa julgada, “ante a manifesta impossibilidade de estabelecer-se a prevalência, em abstrato, de quaisquer dos interesses em conflito” (BRASIL — PARECER..., 2018, p. 10). Nesse sentido, além de recomendar o não provimento do recurso, propõe também a fixação de tese, para fins de repercussão geral, com protagonismo da ponderação no caso concreto, apresentada como saída única para o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Diante de todo esse cenário, pode parecer difícil que o STF consiga, em seu julgamento, estabelecer alguma tese de repercussão geral que venha a ter efeito prático relevante. Realmente, os pontos levantados nos pareceres do MPF, aliados à constatação de que a análise dos Ministros estará limitada, em princípio, pelas particularidades de “Aída Curi”, indicam poucas possibilidades de manobra dentro do tema. Importante lembrar, no entanto, que o Tema de Repercussão Geral 786 diz respeito à aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil de maneira genérica, não impondo necessariamente uma decisão sobre limites, contornos e definições terminológicas específicas (ainda que esse seja o cenário ideal). Assim, conforme já pontuado em momentos anteriores, o mero reconhecimento expresso do direito já representaria avanço significativo na discussão, resolvendo a controvérsia posta ainda por muitos autores quanto à própria possibilidade de sua aplicação. O mero fato de o STF

fixar uma tese no sentido de que a aplicação de um direito ao esquecimento é compatível com o ordenamento constitucional já seria suficiente para produzir efeitos práticos pois, resolvida esta questão, o debate poderia evoluir e se concentrar nos pontos efetivamente relevantes.

É natural, portanto, que grande parte das exposições realizadas durante a Audiência Pública tenham dado maior atenção a este aspecto — até porque é a sua definição que guiará, também, a solução concreta que o Supremo deverá aplicar ao caso “Aída Curi”. Nesse sentido, o professor Anderson Schreiber (2017) publicou, após a realização da audiência no STF, artigo detalhando as três correntes expostas perante os Ministros, identificadas por ele como “pró-informação”, “pró-esquecimento” e “intermediária”. Como a própria nomenclatura sugere, as duas primeiras representam cada um dos polos da discussão, enquanto a terceira propõe uma interpretação mais ponderada do tema. Sem nenhuma surpresa, a posição “pró-informação”, defendida por entidades ligadas à mídia e outros meios de comunicação, é contrária à própria existência do direito ao esquecimento, seja pela falta de previsão legal expressa, seja por contrariar os conceitos de memória coletiva e a História. A posição “pró-esquecimento”, por sua vez, defende não apenas a existência como, também, a necessidade de preponderância absoluta do direito ao esquecimento, privilegiando, sem qualquer ressalva, a tutela da dignidade da pessoa humana.

As duas posições são tão absurdas como são extremas, e a generalização não é, para nenhum dos lados, a melhor solução: se favorável às liberdades comunicativas, ameaça esbarrar na questão das “penas perpétuas”, efetivamente impedindo que particulares se desenvolvam e cresçam além de seu passado; se favorável ao esquecimento total, ameaça esbarrar na censura e, é verdade, na manutenção da História. Assim, se a própria Constituição tampouco permite a hierarquização prévia e abstrata dos valores em jogo, defende Schreiber (2017), a única solução tecnicamente viável para o conflito é a aplicação do método de ponderação, defendido pela posição intermediária (e, também, pelo parecer da então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge), “com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão”. Forçoso concordar, diante de todo o exposto ao longo deste trabalho. A aplicação do direito ao esquecimento depende, em sua essência, das informações referentes ao caso, de dados relativos ao tempo que se passou desde a publicação original, ao motivo para a ressurgência dos fatos, ao verdadeiro impacto da nova divulgação sobre a esfera individual, enfim, todas as variáveis envolvidas e que tornam os casos tão difíceis.

O que fica claro, ante o exposto, é que o Supremo deverá enfrentar, quando julgar o RE 1.010.606/RJ, um desafio muito maior do que a mera questão da compatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição de 1988. Até

porque todas as outras questões levantadas são, na verdade, desdobramentos dessa primeira: quando se analisa o “direito ao esquecimento”, de qual “esquecimento” se está falando? “Aída Curi” diz respeito à nova veiculação de fatos pretéritos pela mídia televisiva, e o esquecimento no sentido de “reabilitação” (criminal) já é amplamente reconhecido no direito brasileiro, mas qual será a abrangência da decisão sobre a veiculação de informações antigas na internet?; qual será o efeito de um eventual reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil para as questões de desindexação dos mecanismos de busca? E quanto à própria nomenclatura do direito — que, chamado de “esquecimento”, “sugere um controle dos fatos, um apagar da História [...] impossível e indesejável” (SCHREIBER, 2017) —, preferirá o Supremo deixá-lo de lado em favor de uma resolução do caso que preze pelos direitos fundamentais já consolidados?

Ainda, mesmo no caso de reconhecimento do direito ao esquecimento apenas no âmbito mais estreito possível diante de “Aída Curi” — qual seja, o referente a reportagens e demais programas televisivos —, outras questões surgirão e mais respostas serão necessárias. Adriana Abílio e Christopher Mendonça (2018) apontam, por exemplo, questionamentos sobre a definição de um entendimento fixo quanto ao lapso temporal necessário para se pleitear o esquecimento e sobre a legitimidade para esse pedido (isto é, se deve ser resguardada ao indivíduo retratado, ou se pode ser estendida a outros envolvidos), e ressaltam, também, a importância de verificação dos motivos que levaram à nova divulgação dos fatos. Quanto à questão da legitimidade, vale destacar que, em virtude das particularidades do caso, o próprio reconhecimento de repercussão geral já inclui no tema a vítima e seus familiares — deixando de fora, aparentemente, outras categorias de indivíduos que poderiam vir a pleitear o esquecimento, como condenados que cumpriram sua pena ou envolvidos no processo que foram, no entanto, inocentados. Schreiber (AUDIÊNCIA..., 2018, p. 112-116) destaca diversos critérios identificados já na doutrina nacional e estrangeira, dentre os quais a relevância histórica do fato; o modo como foi reproduzido (e não apenas o motivo); além da eventual fama prévia dos indivíduos retratados (que poderia reduzir, eventualmente, o impacto da nova exposição de fatos do seu passado). Sobre o papel a ser cumprido pelo STF nesse julgamento, o professor destaca:

O sopesamento desses aspectos, de acordo com os vários critérios disponíveis na doutrina, não é obviamente uma tarefa acadêmica, e sim judicial. Mas é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal tem, diante de si, uma oportunidade singular de corrigir a definição do direito ao esquecimento, afastando do domínio da mera vontade do retratado, e distrair da ordem ju-

rídica brasileira os critérios que devem, de fato, pautar a tutela da privacidade, da intimidade, em específico, do direito ao esquecimento na esfera privada em relação aos programas televisivos que relatam crimes reais, envolvendo pessoas ainda vivas. (AUDIÊNCIA..., 2018, p. 115-116).

E outras questões, ainda, podem ser levantadas. No contexto da teoria dos círculos concêntricos, por exemplo, seria viável considerar níveis de proteção diferentes para informações contidas em cada uma das esferas? Isto é, deveria ser mais fácil ou rápido “esquecer” de fatos secretos do que de fatos componentes das camadas mais externas, naturalmente acessíveis a mais pessoas? Se, por um lado, esse tipo de diferenciação iria ao encontro da própria finalidade última da teoria, conferindo maior proteção às esferas mais íntimas e invioláveis onde o indivíduo deveria ter seu maior grau de liberdade e menor receio de interferências externas, levanta novamente, por outro lado, a questão prática da fluidez conceitual de cada uma das esferas, cujo conteúdo pode variar de maneira significativa. Seria possível, então, sequer começar a estabelecer algum critério para avaliação desse tema nos casos concretos, ou a questão é por demais aberta e arriscada?

Também não pode, de maneira alguma, ficar de fora da discussão a preocupação com eventual censura prévia. Ainda que “Aída Curi” seja, em última análise, um caso de indenização por programa televisivo que já havia ido ao ar, é importante lembrar que os irmãos de Aída haviam, a princípio, se manifestado contrariamente à sua própria exibição — do mesmo modo que, em “Chacina da Candelária”, o autor se opusera à sua identificação no episódio. A questão, portanto, consiste em identificar a possibilidade, no contexto brasileiro, de essa pretensão impedir a veiculação de determinada informação, como em *Lebach*, ou se o pleito (quando referente às mídias tradicionais, especialmente) deveria se resumir à indenização posterior. E, prevalecendo esta última hipótese, destaca-se, inclusive, a perda da força do direito ao esquecimento propriamente dito: se os fatos já foram lembrados, qualquer impacto negativo sobre a vida pessoal já foi produzido e, na prática, a questão indenizatória poderia se resolver pelos institutos tradicionais, como defendem muitos críticos do esquecimento ao tratar de casos como “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”. Prevalecendo a alternativa, no entanto, o risco vai para o outro lado, aumentando ainda mais a necessidade da difícil tarefa de fixação de critérios claros e objetivos capazes de afastar o risco de censura.

Deverá ter destaque na discussão, também, a suposta posição preferencial da liberdade de informação no ordenamento constitucional brasileiro. Ainda que o texto da Constituição não permita, a princípio, a hierarquização prévia

dos preceitos fundamentais nela contidos, essa ideia de que as liberdades comunicativas devem ser alçadas a uma posição de prioridade *prima facie* em caso de conflito com outros princípios, tem seus defensores não só na doutrina como dentre os próprios Ministros do Supremo, de modo que, sem dúvida, será suscitada. A dúvida, portanto, é se o contexto específico do direito ao esquecimento, que, para além do simples conflito entre princípios, traz ao debate a questão específica da fluência do tempo sobre o interesse legítimo na divulgação de determinada informação, será suficiente para que se reconheça a importância de, em alguns casos, flexibilizar essa pretensa preferência da informação sobre direitos da personalidade de *status* também constitucional.

Não se espera, naturalmente, que o STF produza em seu julgamento respostas definitivas para todas as questões aqui elencadas. Até porque muitas delas, na verdade, fogem do escopo direto do caso “Aída Curi”. Ao mesmo tempo, uma discussão muito restrita tem, também, suas desvantagens, correndo o risco de, ainda que capaz de resolver “Aída Curi”, tenha pouca valia para outros casos, mesmo que tão semelhantes como “Chacina da Candelária”: a questão da legitimidade, por exemplo, se realmente limitada à vítima e aos seus familiares, em nada ajuda na decisão deste outro caso. Além disso, mesmo que todas as questões apresentadas anteriormente partam do pressuposto de que o reconhecimento do direito ao esquecimento será mantido (afinal, se não for, não fará mais sentido discutir os seus contornos), deve-se destacar que o seu mero volume evidencia o quanto ainda deve ser discutido e definido, e quantas direções distintas o debate posterior pode tomar. Fica claro, também, que a decisão em “Aída Curi” dificilmente representará a última passagem do direito ao esquecimento pelos tribunais superiores, pois âmbitos de aplicação distintos e mais complexos do direito ao esquecimento (sendo a internet e os mecanismos de busca o mais evidente) também trarão desafios próprios e questões que vão muito além dessa discussão inicial ora proposta. Não há dúvida de que o julgamento do Supremo, uma vez ocorrido, será memorável e importante, por seu caráter inaugural. Resta esperar que seja também útil, oportunizando uma evolução verdadeira e significativa para o tratamento do tema no Brasil.

## Conclusão

O debate do direito ao esquecimento, além de ainda muito novo, caracteriza-se, sobretudo, pela sua pluralidade. Extrapola o “simples” âmbito de uma colisão de princípios constitucionais, atingindo questões democráticas, de liberdade e de valores sociais de extrema importância. Mais do que isso, no entanto, o debate é plural no sentido de que o “direito ao esquecimento” não é, em si, um conceito uno, admitindo as mais variadas abordagens nos mais diversos contextos. Em sua essência está a manutenção do interesse público sobre deter-

minada informação mesmo após a passagem do tempo desde sua publicação original, mas esse aspecto singular se revela de formas distintas: com a nova veiculação da informação; com a sua manutenção em arquivos públicos; com a sua indexação em mecanismos de busca online etc. Mais do que isso, a própria denominação do direito é causa de controvérsia, produzindo, para muitos críticos, a ideia extremamente negativa de se apagar o passado ou institucionalizar uma forma de censura.

Ao mesmo tempo, as evoluções tecnológicas e o aumento significativo no fluxo e armazenamento de informações que delas decorre impõem, de certa maneira, algum grau de revisão sobre o modo como tratamos o passado. Não se trata apenas de as informações antigas permanecerem disponíveis indefinidamente na rede, mas, também, de estarem disponíveis com o mesmo grau de visibilidade que questões atuais, cujo interesse se justifica naturalmente por sua contemporaneidade. E com cada vez mais indivíduos produzindo diversos conteúdos a partir de uma idade cada vez mais jovem, acontecimentos pretéritos (não necessariamente erros, mas qualquer tipo de exposição pessoal) podem acabar marcando toda uma vida, expostos no arquivo perpétuo da internet. Nessa linha tênue entre assegurar a privacidade derivada da dignidade da pessoa humana e proteger as liberdades comunicativas de limitações indevidas e da censura, tarefas de extrema importância, mas não necessariamente compatíveis em sua totalidade, está o direito ao esquecimento, em toda a sua amplitude e com todas as suas variáveis.

De um lado do conflito está o direito à intimidade, à vida privada, proteção de caráter fundamental que visa justamente proteger o indivíduo de interferências demasiadas arbitrárias e inclui, atualmente, a ideia de autodeterminação informativa, garantindo que todo indivíduo possa ter, pelo menos, algum grau de decisão acerca de quais informações sobre si serão tornadas públicas. Do outro lado está a liberdade de expressão, que se desdobra também nas liberdades de informação e de imprensa, assumindo caráter indispensável no contexto dos regimes democráticos e alçada, para muitos autores, a uma posição preferencial de prioridade *prima facie* sobre os demais direitos fundamentais, inclusive da personalidade. E, se nesse conflito as duas liberdades atuam como limites mútuos — podendo a privacidade ser relativizada pelo interesse público na divulgação da informação, e a liberdade de expressão restringida por assuntos privados que não sejam dotados desse interesse —, o que se verifica na prática é que a solução se revela apenas, na maioria das vezes, após uma ponderação fundamentada nas especificidades fáticas de cada caso.

Mesmo essa solução casuística de ponderação estando de acordo com a orientação constitucional, entretanto, que coíbe a definição prévia e abstrata da prevalência de um direito fundamental sobre outro, o reconhecimento do

direito ao esquecimento é dificultado justamente pela teoria da posição preferencial das liberdades comunicativas. Influenciada, sem dúvida, pela tradição norte-americana, a teoria tem muitos adeptos na doutrina nacional, e parece ser prestigiada em diversas decisões recentes do Supremo — ainda que não tenha sido completamente estabelecida, até o momento. Ao mesmo tempo, observa-se em alguns aspectos do ordenamento pátrio, uma influência muito forte também das ideias europeias, especialmente, no cenário atual, em relação ao tema extremamente relevante da proteção de dados pessoais. E, em contraponto à influência norte-americana, os institutos espelhados em normas e decisões da Europa continental refletem também, naturalmente, a preocupação daquele ordenamento com a proteção da privacidade. São duas posições, repita-se, eventualmente incompatíveis, e que acabam se chocando no mundo jurídico brasileiro.

Ganha relevo também, em âmbito nacional, a já mencionada confusão conceitual. Utilizando a terminologia proposta por Voss e Castets-Renard, temos, no mínimo, três formas distintas de direito ao esquecimento que, de modo geral, são tratadas igualmente e sob o termo mais amplo, dificultando o debate: a reabilitação penal, positivada na legislação pertinente e abordada na jurisprudência do STJ como direito ao esquecimento; o direito ao apagamento, que se revela de maneira bastante relevante na nova LGPD, ainda que com lacunas que não permitam tratá-lo como equivalente ao esquecimento criado na Europa pelo GDPR; e a ideia do direito à desindexação, buscado de maneira corrente em ações judiciais propostas contra o Google e também geralmente atrelado ao apagamento, voltado para o responsável originário pela publicação do conteúdo. Isso para não mencionar, é claro, eventuais pretensões de esquecimento nas mídias tradicionais, com o impedimento da veiculação de determinado programa televisivo ou matéria jornalística. Além disso, a preocupação com o direito ao esquecimento não é meramente doutrinária e jurisprudencial, verificando-se um amplo catálogo de tentativas legislativas de tratar do tema — que, em geral, não se mostram capazes de atender de modo satisfatório às suas exigências, pouco se preocupando com essa tão relevante questão conceitual.

Em maior ou menor grau, portanto, o direito ao esquecimento já está presente no ordenamento brasileiro, e efetivamente já estava antes de ser chamado por este nome, ao mesmo tempo que se discute a sua compatibilidade com a norma fundamental do ordenamento. Quanto a essa discussão, é fundamental notar que a primazia dada pelo ordenamento jurídico norte-americano às liberdades de expressão e imprensa é por demais exagerada para ser reproduzida na ordem constitucional brasileira, que alça a patamar tão importante a dignidade da pessoa humana. Ao mesmo tempo, não há como negar a realidade, no contexto brasileiro, dos fantasmas autoritários e censórios que dificultam a

imposição de muitos limites à livre atuação dos meios de imprensa, mesmo que visando tão somente resguardar a privacidade. O reconhecimento do direito ao esquecimento não implica necessariamente, entretanto, no estabelecimento de prevalência em abstrato de nenhum dos princípios em conflito, podendo — e devendo, até — prezar muito mais para a definição de critérios e diretrizes que, quando aplicados a um caso concreto, indiquem qual princípio deve prevalecer naquela situação específica.

É sempre importante lembrar também, a exemplo dos dois casos *Lebach*, que nenhuma decisão que verse sobre o direito ao esquecimento pode se pretender última e definitiva, justamente pelo fato de o tempo continuar a passar até que, eventualmente, apagará os efeitos negativos de publicizar as informações outrora esquecidas. E isso destaca a importância de um direito ao esquecimento que não se volte completamente para o apagamento de dados, quando se fala da internet, mas que valorize a desindexação ou o obscurecimento dos dados, mantendo-os arquivados — ainda que com o acesso dificultado — para que, eventualmente, possam retornar à memória coletiva, caso os interesses públicos se alterem. Essa abordagem se dificulta no contexto das mídias tradicionais, entretanto, cujo impedimento de veiculação resultaria, para todos os efeitos, em algo semelhante ao apagamento — e a permissão tornaria vazio o direito, pois a informação seria efetivamente lembrada. Trata-se de uma situação bastante delicada, e que não tem respostas fáceis, mas que deverá, inevitavelmente, ser abordada.

Nesse contexto se revela, mais uma vez, a importância do estabelecimento de critérios. Como visto ao longo deste trabalho, são diversas as considerações que levam ao reconhecimento ou não do direito ao esquecimento nos casos concretos. Há, entretanto, algumas linhas de exame comuns que abarcam, de certa forma, todas as possíveis variáveis envolvidas nesse direito, e ajudam a determinar em que situações deve prevalecer a privacidade ou a liberdade de informação. São elas:

1. **Vontade do interessado:** ainda que não possa ser o único e nem o principal critério para a concessão do direito ao esquecimento, não pode deixar de ser mencionada a vontade do indivíduo em ser esquecido. Naturalmente, a discussão em cada caso parte justamente da manifestação dessa vontade, de modo que poderia parecer desnecessária sua inclusão nesta lista. Ao mesmo tempo, a questão da vontade está atrelada à da legitimidade para pleitear o esquecimento. É natural que o próprio sujeito da informação (seja ele a vítima, um inocente injustamente acusado ou um condenado que já cumpriu pena) tenha essa legitimidade, mas a questão não é tão clara quando se trata, por



exemplo, de familiares. Em “Aída Curi”, lembre-se, a ação foi proposta pelos irmãos da vítima, não para proteção de sua própria imagem mas para preservar a imagem da irmã e reparar o sofrimento alegadamente causado pelas memórias reavivadas. Até que ponto, portanto, seria legítima a vontade de esquecer manifestada por pessoas apenas indiretamente ligadas à situação rememorada, que não têm sua própria intimidade exposta?

2. **Interesse público:** este, sim, aparece como o critério fundamental. Não o único, mas certamente o que possui maior capacidade de fazer a balança pender para um ou outro lado, inclusive por guardar relação muito próxima com diversos dos demais critérios. Ainda que seja muito criticado por sua indefinição, a presença do interesse público como critério de ponderação remonta à própria definição da liberdade de imprensa e de seu papel nas democracias: o público deve ser informado, tem interesse em saber, de modo geral, o que se passa na sociedade na qual está inserido, mesmo que isso implique, eventualmente, em interferência sobre interesses pessoais de algum indivíduo. Nada mais natural, portanto, que a questão permaneça apesar da passagem do tempo: há um interesse legítimo na divulgação desta informação — não no momento em que ela se originou e primeiro veio a público, mas no momento atual, quando se pretende expô-la uma vez mais?
3. **Conteúdo da informação:** é um critério que não deixa de ser relevante, ainda que contribua, também, para a definição do próprio interesse público. Uma das limitações mais naturais impostas ao direito ao esquecimento é o caráter histórico-científico da informação, e se revela justamente nas críticas ao instituto. Se o direito ao esquecimento atentaria, em seu grau máximo, contra a História e a memória social, então os fatos que compõem essa História não podem estar sob a sua égide. Mas, do mesmo modo que o direito ao esquecimento não pode ser levado ao extremo, tampouco a definição de “História” o pode. Por mais que se argumente que, na modernidade, a História passa a atribuir importância também às pessoas comuns, antes tratadas como coadjuvantes, não é todo e qualquer fato que é intrinsecamente histórico. Saber que o indivíduo Mario Costeja González teve seu imóvel levado à hasta pública para pagamento de dívidas com a seguridade social não pode ser tão relevante para a História espanhola, por exemplo, quanto um estudo mais genérico dos institutos da seguridade social e métodos de quitação desse tipo de dívida no final do século XX. Assim, a questão a ser feita é: quais fatos têm a sua manutenção justificada por um legítimo interesse histórico, e quais fatos se assemelham mais

a detalhes que, se esquecidos, não prejudicam a compreensão daquele momento da sociedade?

4. **Importância do sujeito na narrativa:** no mesmo sentido, há fatos que, fundados num interesse histórico inquestionável, podem prescindir, ao menos em um momento inicial, de detalhes como o nome completo e a imagem de todos os envolvidos. É o critério revelado nos julgamentos de “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, que evidenciam como alguns personagens são mais importantes que outros para a verdadeira compreensão das narrativas históricas. Do mesmo modo, importante lembrar que este critério deve ser cotejado com outros, não havendo impedimento para a identificação destes personagens “secundários” quando, por exemplo, ela não for capaz de trazer prejuízos contemporâneos para os mesmos. Ainda assim, especialmente em se tratando de pessoas ainda vivas, sempre cabe o questionamento: essa história pode ser contada sem a identificação (indesejada) desse indivíduo, ou ele é parte crucial da narrativa?
5. **Modo de reprodução da informação:** a maneira como ocorre a nova divulgação da informação é, também, relevante. Os casos que tratam do “Linha Direta” criticam o programa por ir muito além de mera reportagem jornalística, incluindo reproduções dos fatos narrados com atores e roteiros dignos de dramas televisivos. *Red Kimono* viu problemas não na divulgação de fatos pretéritos, pois eram verdadeiros e acessíveis ao público, mas no fato de serem divulgados em conjunto com o nome verdadeiro da pessoa retratada, consolidando uma intrusão indevida em sua privacidade. Em *Sidís*, o protagonista do caso se insurgiu contra o retrato construído, pela publicação, de sua vida e personalidade contemporâneas à publicação e muito posteriores à época em que fora figura pública. São exemplos bastante ilustrativos de que o modo como a história é contada tem efeitos práticos sobre a recepção de sua divulgação pelos retratados. Se o interesse na nova divulgação dos fatos é jornalístico e de cunho histórico, portanto, até que ponto pode o direito ao esquecimento proteger explorações mais dramatizadas e menos objetivas dos mesmos? Qual deve ser a solução quando os interesses econômicos na nova divulgação se sobreponham ao caráter estritamente informativo?
6. **Consequências da nova divulgação:** outro dos critérios mais importantes consiste em avaliar se a nova divulgação dos fatos é capaz, de alguma maneira, de impactar negativamente a vida atual dos sujeitos envolvidos, seja prejudicando sua ressocialização, seja manchando a sua reputação perante a comunidade, por exemplo, sem justificativa

relevante. Há casos em que o reavivamento do passado, por mais que aparentemente legítimo, pode trazer consequências mais danosas do que o esquecimento, que passa a se tornar mais justificado. É um critério também bastante fluido, a exemplo, novamente, de *Lebach* e *Lebach II*, mas que pode conferir um contexto relevantíssimo para a análise do caso: quais são, concretamente, as ramificações de lembrar determinados fatos sobre a vida daquele indivíduo?

7. **Grau de visibilidade do indivíduo:** relacionado também ao critério do interesse público, impõe a análise da fama prévia do sujeito retratado e dos fatos que se pretende lembrar. É o critério que justifica a prevalência das liberdades comunicativas quando se trata de pessoas públicas, cujo nível de exposição já é naturalmente maior do que o de cidadãos comuns. Considera, também, se a fama prévia decorre apenas daqueles fatos em questão, como acontece, normalmente, em crimes de maior repercussão, caso em que pode assumir menor peso na ponderação quando a pessoa tenha retornado ao anonimato e não seja essencial à narrativa, como visto anteriormente.
8. **Tempo decorrido:** finalmente, o critério que permeia todos os demais. O decurso do tempo está no cerne do direito ao esquecimento, e é capaz de modular os efeitos produzidos pela lembrança conforme evidenciado, especialmente, em *Lebach II* e em “Aída Curi”. Do mesmo modo que não se pode falar em direito ao esquecimento sem a vontade do indivíduo de não permanecer vinculado a dados de seu passado, não se pode falar em esquecimento sem a passagem do tempo, e em esquecimento de questões recentes que, mesmo não exatamente contemporâneas, ainda não foram relegadas completamente à história. No caso da reabilitação penal, faz-se a exigência de cumprimento de prazo após a extinção total dos efeitos da condenação, e o mesmo deve ser aplicado às outras modalidades do esquecimento: quanto mais recente o fato, mais difícil fica a defesa de seu esquecimento. O conceito de “passado recente” é, naturalmente, aberto e indefinido, o que pode gerar críticas, mas não deve deixar de ser levado em conta no momento de análise dos casos.

Os critérios listados acima não são exaustivos e, tampouco, completamente objetivos. São, na verdade, sugestões sobre um possível caminho que seja capaz de guiar a discussão em cada caso. Mais importante do que as especificidades de cada um deles, talvez, é a sua capacidade de ilustrar como as decisões que venham a versar sobre a aplicação do direito ao esquecimento não precisam se pautar por uma escolha do tipo tudo ou nada: não é ou o esqueci-

mento ou a lembrança, ou a liberdade ou a privacidade, mas sim um espectro que permite, nos mais variados graus, o esquecimento de detalhes que não sejam essenciais, naquele contexto, à lembrança dos fatos. Importante lembrar, também, que o reconhecimento do direito ao esquecimento é apenas um passo inicial, e que abre diversas possibilidades: a informação esquecida não precisa, necessariamente, ser apagada; há soluções alternativas que, conforme as peculiaridades de cada caso, podem ser suficientes e eficazes na solução do conflito, desde a tomada de medidas para dificultar (mas não impossibilitar) o acesso à informação até uma simples atualização dos fatos narrados em determinada mídia que permaneça acessível.

Os critérios listados provavelmente são, também, critérios incompletos, incapazes de prever alguma particularidade que vá surgir em determinado caso ou de atender integral e satisfatoriamente a alguma das múltiplas formas nas quais o direito ao esquecimento pode se manifestar. Mais importante do que isso, no entanto, é a sua capacidade de ilustrar a complexidade do tema, de um lado, e de servir, ao menos, como ponto de partida para futuras e melhores propostas.

Ao mesmo tempo, não se pode acreditar que em algum momento será possível estabelecer os critérios perfeitos ou a norma ideal para o direito ao esquecimento que vá resolver a totalidade dos casos. Primeiro porque esse ideal pouco se aproxima da realidade do próprio Direito, que não consegue ser tão dinâmico ou meticuloso quanto a realidade exigiria: enquanto nossos tribunais discutem o direito ao esquecimento em programas televisivos, já surgem demandas relativas ao meio digital; enquanto juízes e legisladores começam a explorar o conceito, a doutrina propõe dezenas de outros possíveis significados ou variações do direito. Segundo, e mais importante, conforme reiterado ao longo de todo este trabalho, porque a análise do direito ao esquecimento será realizada inevitavelmente, em última instância, a cada caso concreto — seja pelo judiciário, que talvez se apresente como a solução mais segura, seja por delegação a alguma outra entidade, como fez a União Europeia com o Google nos casos de desindexação.

Ainda assim, toda a subjetividade e, também, as incertezas inerentes ao direito ao esquecimento não impedem o seu reconhecimento e o da sua compatibilidade com a ordem constitucional brasileira, e tampouco impedem a necessária tarefa de buscar o estabelecimento de seus limites. A valorização dada pela Constituição Cidadã de 1988 à dignidade da pessoa humana, a previsão — também constitucional — de limitações eventuais à liberdade de expressão e o reconhecimento expresso, por exemplo, de que o tratamento de dados pessoais deve ser realizado à luz dos direitos da personalidade são indícios bastante fortes de que não só o direito ao esquecimento é possível no Brasil como também que a primazia das liberdades comunicativas, conforme defendida por muitos

autores, não pode figurar como obstáculo ao seu reconhecimento, ainda que em nível mais brando do que o desenvolvido em outros países e na literatura.

## Referências bibliográficas

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura; MENDONÇA, Christopher. **O Brasil está preparado para o direito ao esquecimento?** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 105, ano 26, p. 77-95. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2018.

ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt. **Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7 n. 3, 2018.

AMENDOLA, Gilberto. **TJs acatam 1/3 dos recursos por direito ao esquecimento.** O Estado de S. Paulo, 24 de julho de 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tjs-acatam-13-dos-recursos-por-direito-ao-esquecimento,10000064593>. Acesso em: 27 fev. 2020.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: **Direito ao Esquecimento na Esfera Cível**, RE 1.010.606. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASO-BREODIREITOAODESQUECIMENTO\\_Transcries.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASO-BREODIREITOAODESQUECIMENTO_Transcries.pdf). Acesso em: 10 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 12 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAYER, Diego. **Na série “Julgamentos Históricos”:** Aida Curi, o Júri que marcou uma época. Justificando, 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>. Acesso em: 11 maio 2020.

BELLI, Luca. Governança e regulações da Internet: uma apresentação crítica. In: \_\_\_\_\_; CAVALLI, Olga (org.). **Governança e regulações da Internet na Améri-**

**ca Latina:** análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 43-70.

BERNAL, Paul. **A right to delete — not a right to be forgotten.** 2014. Disponível em: <https://paulbernal.wordpress.com/2014/08/07/a-right-to-delete-not-a-right-to-be-forgotten/>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento:** a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOTERO, Catalina. Entrevista concedida ao Jornal Folha de S. Paulo: **Direito ao esquecimento “não existe” e é usado para censura, afirma advogada.** Folha de S. Paulo, Caderno Cotidiano, folha 7, edição de 7 ago. 2016. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1799831-direito-ao-esquecimento-nao-existe-e-e-usado-para-censura-afirma-advogada.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1799831-direito-ao-esquecimento-nao-existe-e-e-usado-para-censura-afirma-advogada.shtml). Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 833.248/ RJ.** Parecer do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 11/07/2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12038635&prcID=5091603#>. Acesso em: 28 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Recurso Extraordinário 1010606/RJ.** Parecer da Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, em 25/09/2018, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338769611&ext=.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação. **Boletim de Jurisprudência Internacional:** Direito ao Esquecimento. Dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/1214>. Acesso em: 7 jun. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, set. 2017. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito à privacidade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 51-76, 1998.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil interpretado** — artigo 21. Costa Machado (org.); Silmara Juny Chinellato (coord.). 10. ed. São Paulo: Manole, 2017, p. 60.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. **Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, p. 411-435, 2018.

COSTA, Thales Moraes da. **Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 119-154, jan. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43560/42277>. Acesso em: 23 maio 2020.

DI FIORE, Bruno Henrique. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**, 2012. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos\\_convitados](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos_convitados). Acesso em: 27 abr. 2020.

DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DUARTE, Maria Luísa. **Tratado de Lisboa**. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

\_\_\_\_\_. **União Europeia:** estática e dinâmica da ordem jurídica. Coimbra: Almedina, 2017.

GONÇALVES, Luciana Helena. **O direito ao esquecimento na era digital:** desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais. Dissertação (Mestrado) — Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima; DIAS, Eduardo Rocha. **Direito ao esquecimento na internet:** os projetos de lei nº 7881/2014 e 215/2015 enquanto restrição (i)legítima à liberdade de expressão. Revista Thesis Juris, v. 6, n. 3, p. 387-406, 2017.

KOMMERS, Donald P. **Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 2. ed. Durham, NC: Duke University Press, 1997.

LIMA, Henrique Cunha Souza. **Direito ao esquecimento na internet:** efetividade e perspectivas — de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LINHA DIRETA JUSTIÇA: **Aída Curi**, 2004. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,G1J0-5257-215780,00.html>. Acesso em: 11 maio 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século, 2017.

MEMÓRIA GLOBO: **A chacina da Candelária**. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria/>. Acesso em: 11 maio 2020.

MEMÓRIA GLOBO [b]: **Linha Direta Justiça**. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta-justica/>. Acesso em: 11 maio 2020.

MEMÓRIA GLOBO [c]: **Linha Direta Justiça: Ângela e Doca**. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta-justica/angela-e-doca/>. Acesso em: 17 jul. 2020.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MERRIAM-WEBSTER. **Words we're watching: "streisand effect"**. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/words-were-watching-streisand-effect-barbra>. Acesso em: 20 maio 2020.

PEGUERA, Miguel. **No more right-to-be-forgotten for Mr. Costeja, says Spanish Data Protection Authority**. The Center for Internet and Society, 2015. Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority>. Acesso em: 18 maio 2020.

PINHEIRO, Denise; NETO, João dos Passos Martins. **Liberdade de informar e direito à memória: uma crítica à ideia do direito ao esquecimento**. Novos Estudos Jurídicos, v. 19, n. 3, p. 808-838, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Comentário ao artigo 5º, X**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 276-285.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF, a liberdade de expressão e a liberação das sátiras nas eleições**. Conjur, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/direitos-fundamentais-stf-liberdade-expressao-liberacao-satiras-eleicoes>. Acesso em: 23 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil**. Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 19, n. 2, p. 491-530, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira**. Revista Brasileira de Direito Civil (IBDCivil), v. 7, p. 190-232, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **As três correntes do direito ao esquecimento**. JOTA, 2017. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017). Acesso em: 11 fev. 2020.

VERUNSCHK, Micheliny. **Filha da Marquesinha de La Sierpe**: o Caso Alda Curi e a mídia impressa do final dos anos 1950. Bordas. Revista do Centro de Estudos da Oralidade. ISSN 2237-9649, n. 2, p. 70-84, 2016.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. **Proposal for an International Taxonomy on the Various Forms of the ‘Right to Be Forgotten’**: A Study on the Convergence of Norms. 14 Colorado Technology Law Journal 281, n. 14.2, p. 281-344, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2800742>. Acesso em: 3 mar. 2020.

WALKER, Robert Kirk. **Note — the right to be forgotten**. Hastings Law Journal, v. 64, p. 257-286, 2012. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_law\\_journal/vol64/iss1/6](https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol64/iss1/6). Acesso em: 25 out. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **Right to privacy**. Harvard Law Review, v. 4, p. 193-220, 1890.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. **A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro**. In: D598 Direito civil [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF; coordenadores: Celia Barbosa Abreu, Elcio Nacur Rezende, Roberto Senise Lisboa. — Florianópolis: FUNJAB, p. 8-29, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: 29 abr. 2020.

### **Jurisprudência consultada**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1316921/RJ**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1334097/RJ**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1335153/RJ**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1434498/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1369571/PE**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1593873/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1599054/RJ**, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660168/RJ**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1736803/RJ**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 833248 RG**, Relator(a): Min. Dias Toffi, julgado em 11/12/2014, Processo Eletrônico DJe-033 Divulg 19-02-2015 Public 20-02-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0102079-50.2003.8.19.0001**, relator Des(a). Milton Fernandes De Souza — Julgamento: 28/03/2006 — QUINTA CÂMARA CÍVEL — Data de Publicação: 03/04/2006.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeal of California, Fourth District. **Melvin v. Reid**, 112 Cal.App. 285 (Cal. Ct. App. 1931). Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Acesso em: 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. US Court of Appeals for the Second Circuit. **Sidis v. F-R Pub. Corporation**, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>. Acesso em: 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. US Court of Appeals for the Seventh Circuit. **Willan v. Columbia County**, 280 F.3d 1160 (7th Cir. 2002). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/280/1160/531788/>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão de 13.5.2014 — Processo C-131/12**: Google Spain SL e Google, Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN>. Acesso em: 31 out. 2018.

### **Legislação, projetos de lei e outras normas**

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 4 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 4 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 5 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014** (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 21 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.881/2014**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a da-

dos irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>. Acesso em: 7 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.589/2015**. Torna mais rigorosa a punição dos crimes contra a honra cometidos mediante disponibilização de conteúdo na internet ou que ensejem a prática de atos que causem a morte da vítima. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1279451>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.676/2015**. Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.712/2015**. Modifica a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, obrigando os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, nas condições que especifica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.203/2016**. Altera o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, determinando a indisponibilidade de cópia idêntica de conteúdo reconhecido como infringente, sem a necessidade de nova ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083673>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.860/2018**. Acrescenta parágrafo único ao art. 11 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, instituindo o direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184113>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.776/2019**. Acrescenta o art. 21-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para incluir o direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227742>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. **Constitution of the United States**. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 27 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos** (1966). Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_civis\\_e\\_politicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf). Acesso em: 27 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 — 0050. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&lang1=PT>. Acesso em: 20 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 20 maio 2020.

\_\_\_\_\_. in: DUARTE, Maria Luísa. **Tratado de Lisboa**. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

VI JORNADA de Direito Civil, [11-12 de março de 2013, Brasília]. — Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Evento realizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

VII JORNADA de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. — Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Evento realizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.





Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,  
composto com a família tipográfica Gotham  
e impresso em papel pólen,  
no ano de 2020.

**Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão**

JOÃO CARLOS COCHLAR DE OLIVEIRA, com o trabalho “Clareza e legitimidade: como elementos de teoria musical podem iluminar a interpretação jurídica?”, orientado por Joaquim Falcão.

**Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão**

BRUNA DINIZ FRANQUEIRA, com o trabalho “O papel da inteligência artificial na divisão sexual do trabalho”, orientada por Lígia Fabris Campos e coorientada por Ivar Hartmann.

**Menção honrosa do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão**

BERNARDO PADULA SCHWAITZER, com o trabalho “Educação e federalismo no Brasil: regimes de colaboração e políticas públicas educacionais”, orientado por Daniel Vargas.

**Menção honrosa do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão**

EDUARDO DIAS GARCIA, com o trabalho “Direito ao esquecimento: limites e aplicação no direito brasileiro”, orientado por José Guilherme Vasi Werner.