

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À ARTE DE INSULTAR: ENTRE A MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E A DIGNIDADE NA IGUALDADE DE GÊNEROS

FROM FREE SPEECH TO THE ART OF INSULT: BETWEEN THE ARTISTIC
EXPRESSION AND THE DIGNITY IN GENDER EQUALITY

*Daniela Lima de Almeida*¹

*Gabriel Barroso Fortes*²

RESUMO

A busca pela responsabilização civil do artista ou produtor musical que divulga uma canção cuja letra teria o potencial de denegrir a imagem feminina, incitando alguma forma de violência contra a mulher, revela um conflito latente entre a liberdade de expressão artística, de um lado, e, do outro, a isonomia de gêneros, enquanto expressão da dignidade feminina. E a temática central deste trabalho foi analisada nessa perspectiva, tendo por base a música de *funk* intitulada “Tapinha”. O desenvolvimento da pesquisa perpassou o conteúdo dos direitos fundamentais nesse conflito, analisando decisões judiciais prolatadas numa causa em que se questionava a licitude da manifestação musical, buscando-se a reparação de danos morais à coletividade feminina. Na abordagem crítica deste trabalho, foi possível identificar equívocos metodológicos nas deliberações judiciais, que procederam diretamente à ponderação dos princípios constitucionais em jogo, em vez de observar a existência de prévia mediação legislativa, expressa numa regra segundo a qual o fato deveria ser enquadrado ou não como abuso de direito – conclusão a que se chegou, ao se verificar que a análise argumentativa sobre o caso deveria reconhecer que o sistema constitucional brasileiro determina a proteção pública à mulher, proibindo e criminalizando qualquer forma de discriminação e preconceito de sexo, servindo tais normas de vetor hermenêutico para a interpretação das “cláusulas gerais” do Código Civil que impõem os limites ao exercício da liberdade de expressão artística (finalidade socioeconômica e bons costumes).

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Artística; Dignidade; Igualdade de Gêneros.

ABSTRACT

When an artist or a music producer is sued for releasing a song which the lyrics have the potential to denigrate the female image, by inciting some form of violence against women, it reveals a potential conflict among the freedom of artistic expression against the equality between sexual genders as an expression of the dignity of all the women. And from that perspective, this paper aimed to analyze the conflict based on the funk music entitled

¹ Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista CAPES (Prosup/Prodad), atuando como professora do curso de graduação em Direito da Unifor. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais. Advogada.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pós-Graduando em Direito Processual pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Membro da Comissão de Políticas Urbanas e Direito Urbanístico da OAB/CE.

"Tapinha". The research developed from an analysis above the tenor of both fundamental rights in this conflict, examining judicial decisions handed down in a case in which the legality of the musical manifestation was questioned and a compensation for moral damage to female people's image was sought. In the critical approach of this study, we identify methodological errors in the judicial proceedings, for the judges performed a direct balancing of the constitutional principles taken in part, instead of observing the prior existing legislative mediation, expressed in a rule according to which the questioned fact should first be framed either as abuse of right or not – a conclusion that was reached when it is found that the argumentative analysis of the case should first recognized that the Brazilian constitutional system determines a public protection to all women, prohibiting and criminalizing all kind of sex discrimination or prejudice, serving such standards, therefore, as an hermeneutic guidance for the interpretation of the “general clauses” of the Civil Code which impose the limits for the freedom of artistic expression (socioeconomic order and good morals).

KEYWORDS: Artistic Freedom; Dignity; Equality of Genders.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, embora seja – ou justamente porque é – um direito fundamental, vem sendo comumente debatida e questionada no Brasil nos últimos anos. Seu exercício tem gerado inúmeras controvérsias acerca dos impactos e das cautelas que lhe cercam – ou deveriam cercar.

Afinal, não são raras as vezes em que se contrapõem em torno desse tema sujeitos que se valem desse direito para demarcar pensamentos filosóficos, posições político-partidárias, preferências esportivas, orientações sexuais *etc.* e, de outro lado, pessoas que, por identificarem no conteúdo desse exercício alguma mensagem – generalizada ou não – ofensiva, clamam pela limitação dessa liberdade ou por uma repressão ao seu abuso, principalmente quando se sentem vítimas de investidas de caráter vexatório.

Há anos os noticiários divulgam casos que desencadeiam litígios judiciais, que vão desde declarações por preconceito de origem e etnia, feitas na rede mundial de computadores, a anedotas de cunho racial ou sexual, anunciadas em programas de televisão. Aliás, é justamente naquele ambiente virtual da *internet*, onde a instantaneidade e o anonimato favorecem essa prática, que os impactos da liberdade de expressão ganham maiores proporções, por conta da grande exposição e rápida reprodução que seu conteúdo pode alcançar nessa rede.

Por outro lado, existe um instrumento de manifestação e divulgação de pensamentos, de ideias, ideologias, enfim, de expressão pessoal que, todavia, nem sempre recebe a devida atenção nesse contexto: o meio musical.

Certamente, o conteúdo lírico de toda canção recebe proteção jurídica não apenas pelo direito à liberdade de expressão, mas porque o ordenamento brasileiro também protege especificamente a expressão artística e cultural.

Mas isso, noutra mão, não exclui, por si só, a possibilidade de que, dadas as circunstâncias, o conteúdo expresso numa manifestação artística musical possa gerar conflitos, não apenas de ordem moral ou social, mas eminentemente jurídicos.

Nesse sentido, alguns aspectos devem ser devidamente analisados no contexto sociocultural da música brasileira, especialmente quando o conteúdo de canções populares pode revelar uma feição ofensiva à etnia, à idade, à origem e, principalmente, ao gênero sexual de uma pessoa, de um grupo ou de sujeitos difusos. E esse confronto ganha maior relevância quando está em evidência a ofensa às “minorias”.

É diante disso, portanto, que se busca analisar os contornos e os impactos jurídicos que envolvem a temática desenvolvida neste trabalho, de modo que se possa averiguar a relação entre os direitos e institutos presentes nesse contexto, no qual se contrapõem a liberdade de expressão artístico-cultural e as extensões da dignidade que protege a pessoa contra qualquer forma de segregação.

Além disso, buscar-se-á, ao longo do texto, verificar a possibilidade de aplicação da técnica de ponderação segundo a teoria de Robert Alexy, para as situações em que ocorrem colisões entre princípios. Após uma análise de situações em tese, parte-se para a verificação de um caso concreto (decisões judiciais sobre a veiculação da música de *funk* “Tapinha”), momento em que se apresenta uma reflexão crítica acerca das decisões apresentadas.

Na pesquisa realizada, optou-se pelo foco no preconceito de gênero, que tanto é um fato facilmente perceptível na sociedade brasileira (experimentado diretamente por praticamente metade de sua população³), quanto porque é a forma mais comum e mais “aceitável” de discriminação nas canções populares – ou que não é percebida com atenção pela “sutileza” das expressões cantadas.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Por 4 (quatro) vezes o texto da Constituição brasileira utiliza a palavra “expressão” ou “expressões” como referência à proteção jurídica dada à liberdade de manifestação sociocultural:

³ Segundo o Censo Demográfico 2010 do IBGE, a população feminina no Brasil é de aproximadamente 97.348.809 pessoas, ou seja, 51 % da população brasileira é de mulheres. Disponível em: http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/default.php?cod1=0&cod2=&cod3=&frm=hom_mull. Acesso em: 16 fev. 2014.

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão;

[...]

Art. 216-A, § 1º. O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I – diversidade das expressões culturais;

[...]

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.

Embora protejam extensões do mesmo direito fundamental (liberdade), tais normas, contudo, têm fundamentos, características e significados próprios. Dentre elas, ganha destaque a análise específica da liberdade de manifestação artística, que possui fundamentos na essência lúdica do ser humano e na possibilidade de expressar-se por meio de uma criação de arte, como na música, dança, teatro, pintura, escultura, apresentações humorísticas, entre outras (ROMOLI, 1992).

Ademais, não bastasse sua projeção na Constituição brasileira, a liberdade de expressão foi anunciada como *direito básico* noutros diplomas político-normativos de destaque, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴ até a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de *San Jose* da Costa Rica⁵, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶.

Trata-se, certamente, de um direito fundamental presente – ainda que formalmente – em todas as gerações constitucionais do Brasil, a partir da Constituição Política do Império, de 1824⁷, passando pela primeira Constituição republicana, em 1891⁸.

⁴ Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

⁵ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou **artística**, ou por qualquer meio de sua escolha. (grifo nosso).

⁶ Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

E, no atual contexto constitucional brasileiro, a liberdade de expressão e manifestação ganha inquestionável coloração de direito fundamental. E é sob esta perspectiva que se deve analisar a temática central deste trabalho.

Consoante a teoria capitaneada por Robert Alexy que analisa as disposições normativas sobre direitos fundamentais, podem elas veicular normas-princípios ou normas-regras, que se diferenciam por sua estrutura jurídica: enquanto *regras* estipulam condutas e preveem desfechos, com pretensão de definitividade, enquanto *princípios* impõem mandados de otimização, que permitem a realização, em variados graus, da finalidade comandada na norma (ALEXY, 2012, p. 90-91).

E, assim, esses dois tipos de normas⁹ (princípios e regras), ao tratarem de direitos fundamentais, terão, como se pode inferir, variadas formas de concreção, conforme a estrutura de cada disposição.

Dessa forma, parece correto reconhecer que uma norma não será um princípio por ser de caráter “fundamental”, mas porque tem a estrutura de um “mandamento de otimização” (SILVA, 2011, p. 36). Não é equívoco perceber que nem toda norma de direito fundamental será um princípio, de modo que também poderão contemplar regras, a depender da estrutura de seu comando normativo.

Nesse sentido, porém, é certo que toda norma que veicula um direito fundamental à *liberdade* (de profissão, de locomoção, de pensamento *etc.*), sem que – como do contrário não poderia – defina o modo de contemplá-la (sem pretensão de definitividade), consiste, então, de um *princípio* constitucional e, como tal, deve ser realizada na *máxima medida possível*, conforme permitam as circunstâncias fáticas e as condições jurídicas (ALEXY, 2012, p. 90). É nesse campo, portanto, onde se insere a proteção dada às liberdades fundamentais.

Assim, a realização do *princípio* da liberdade de expressão artística encontra suas balizas entre as limitações fáticas e jurídicas diante das quais se põe. As limitações de fato, neste momento, não serão consideradas¹⁰. O campo das *possibilidades jurídicas* de um princípio, por outro lado, pode ser definido em função das normas conflitantes, isto é, no

⁸ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

⁹ “[...] o critério que Alexy utiliza para distinguir princípios de regras é um critério estrutural, que não leva em consideração nem fundamentalidade, nem generalidade, nem abstração, nem outros critérios materiais” (SILVA, 2011, p. 30).

¹⁰ Afinal, o objeto deste trabalho está sendo analisado numa perspectiva teórica, não estando diretamente voltado, a priori, para um determinado caso concreto, no qual se devessem analisar as premissas fáticas postas.

espaço que sobra entre normas de direção contrária. Em certo modo, portanto, a extensão de conteúdo do princípio será limitada pelos demais princípios colidentes (ALEXY, 2012, p. 90 e 104).

A colisão entre princípios, por sua vez, está presente quando “duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si”, mas numa situação em que “nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra” (ALEXY, 2012, p. 101).

E essa precedência será *relativa* justamente porque a modificação das circunstâncias fáticas pode alterar essa ordem, de modo que, se, na solução de um determinado caso, um princípio prevalece sobre outro, noutra oportunidade, porém, uma inversão seria igualmente legítima – as possibilidades de fato ditarão esse desfecho.

Deve-se observar, por outro lado, que, quando se fala em liberdades fundamentais, está-se cuidando, num primeiro momento, dos chamados *direitos de defesa*, isto é, normas cujo conteúdo trata de ações negativas ou abstenções, o que, prioritariamente, são “direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito” (ALEXY, 2012, p. 196).

E essa abstenção estatal pode ser compreendida pela limitação imposta às ações tanto materiais quanto normativas.

Nesse ponto, torna-se importante salientar que o texto constitucional brasileiro, ao assegurar a liberdade artística, não apenas deixa de fazer qualquer ressalva ao seu exercício – “é *livre* a expressão da atividade [...] artística” – como, de maneira expressa, também a põe a salvo de específica interferência estatal: “independentemente de *censura* ou *licença*” (art. 5º, IX).

Isso significa, em tese, que uma *norma* que estipulasse qualquer tipo de limitação à liberdade de expressão artística seria inconstitucional; e num segundo momento, que qualquer *ato* o qual condicionasse o exercício dessa liberdade a uma prévia autorização estatal seria igualmente ilegítimo (ALEXY, 2012, p. 231).

Nesse contexto, então, é possível identificar no conteúdo dessa liberdade uma norma de *permissão*.

Afinal, se a permissibilidade à prática de determinada ação pode ser fundamentada tanto na existência de uma “norma permissiva expressa” (permissão explícita) quanto na inexistência de uma norma mandatória ou proibitiva (permissão *implícita*), sendo certo que dentre as permissões explícitas estariam geralmente incluídas as normas de direitos

fundamentais (ALEXY, 2012, p. 230), é isso que ocorre com aquela que garante a liberdade de expressão artística.

Perceba-se, de outro lado, que para as quatro liberdades veiculadas na disposição normativa analisada – liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação – a Constituição prevê uma espécie de “interferência” material do Estado, mas para efeito meramente indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (art. 21, XVI), bem como uma “interferência” normativa, autorizando que a lei regule as diversões e espetáculos públicos – em razão de sua natureza e das faixas etárias a que não se recomendem e os locais e horários de sua exibição – e também que estabeleça meios para garantir que alguém se defenda de programações de rádio e televisão que contrariem os princípios constitucionais da comunicação social, assim como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, §3º) – o que, em todo caso, não se confunde, porém, com censura.

Sendo assim, expostas estão, resumidamente, as circunstâncias jurídicas que cercam o direito à liberdade de expressão artística no sistema constitucional. E, dessa forma, vê-se que se trata de um princípio com campo de incidência dotado de grande possibilidade de extensão – sempre a depender das limitações fáticas.

Partindo-se, então, da ideia de que a liberdade de expressão, tal qual se apresenta nas declarações internacionais e documentos constitucionais acima citados, em todas as suas vertentes, é um princípio e não uma regra, não deve, porém, ser considerada de forma absoluta, isto é, está ela sujeita a sofrer restrições em busca de sua harmonização com outros princípios igualmente fundamentais.

Acontece que, atualmente, há grande dificuldade em tratar sobre limites à liberdade de expressão, uma vez que isso acaba sendo comumente associado à ideia de censura, a qual, por sua vez, é frequentemente ligada ao autoritarismo político, controle estatal, repressão, sufocamento social, violência contra a democracia, retrocesso, medida fascista, típica de Estado totalitário, orientação paternalista e reacionária, entre outras visões. No Brasil, essa associação pode ser explicada até mesmo pela experiência histórica vivenciada com os censores da ditadura militar (1964/1985), fato recente para a época constituinte (1987-1988). Por conta disso, tal ideia possui alto teor de reprovação no meio jornalístico, artístico e intelectual brasileiro – sobretudo por parte da parcela que está à frente dos meios de comunicação.

Esta temática, portanto, ganha relevância não apenas pelo seu destaque *jurídico*, do ponto de vista dos direitos fundamentais, mas também por sua repercussão *extrajurídica*, cujos impactos avançam no meio sociopolítico – e até socioeconômico.

2 LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE ARTÍSTICA

Como visto no texto constitucional brasileiro, as eventuais limitações ali previstas são específicas e pouco invasivas, não se encontrando maiores demonstrações de barreiras ao exercício da liberdade de expressão artística.

Ademais, expressando esse direito fundamental, uma norma permissiva de plano constitucional, eventuais normas proibitivas/mandatórias que sejam estipuladas em nível inferior serão tidas por *inconstitucionais*, de modo que, tecnicamente, aquelas normas (superiores) estabeleceriam limites ao “dever-ser” destas (infraconstitucionais) que buscassem limitar o direito fundamental, ou seja, trata-se aqui de uma liberdade não simplesmente permitida pela ausência de normas restritivas, mas por uma expressa norma permissiva de proteção, o que se alcança: “[...] por meio de normas que proíbem ao Estado ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competência, que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações” (ALEXY, 2012, p. 231-232).

Vê-se, portanto, que, para Alexy (2012), além da ausência de restrições expressas na Constituição (existindo apenas meras condicionantes de classificação informativa), as limitações à liberdade de expressão artística não poderão ser realizadas pela legislação infraconstitucional.

Por outro lado, contudo, parece “incompleto” afirmar-se que a concretude do direito à liberdade de manifestação artística será alcançada com o total afastamento do Estado, num dever de abstenção absoluto, no sentido de que toda e qualquer atividade estatal deve necessariamente ser limitada quando da aplicação desse direito, preponderantemente negativo.

Alguns fatos vêm demonstrando que o exercício ilimitado da liberdade de expressão artística pode afrontar diretamente outros valores e preceitos constitucionalmente protegidos. Em muitos momentos na história brasileira, foi possível verificar exemplos de ações que, apesar de serem defendidas como simples manifestação artística, afrontaram os valores sociais e outras garantias constitucionais.

Diante disso, porém, surgem algumas indagações: suportar impunemente possíveis lesões seria o preço dessa liberdade, segundo a vigente Constituição? Ou ela própria,

interpretada de forma sistêmica, também determina limites outros que completem a possibilidade de reparação de danos materiais, morais ou à imagem?

Afinal, entre teses e antíteses relacionadas nas diversas correntes filosóficas, observa-se que o Direito tem como objetivo limitar a conduta humana para permitir a convivência pacífica em sociedade em prol da justiça. Além disso, como lembra Bobbio (2004): “não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta”.

Nesse contexto, então, deve-se ter em conta que, inobstante o texto da disposição normativa analisada, não se pode dizer que o exercício desse direito fundamental repousa ilimitado em nosso ordenamento.

Afinal, ainda que a Constituição não tenha criado um sistema expresso de restrições (especificamente para esse tipo de liberdade), sobrevive uma *regulação* sobre os princípios de direito fundamental, que não pode ser desprovida de força vinculante (ALEXY, 2012, p. 123).

Certamente, sendo livre a expressão artística, qualquer intervenção – material ou normativa – numa atividade incluída nessa qualidade seria interpretada, de início, como proibida.

Mas há casos em que princípios que se embatem com essa liberdade podem demandar precedência, de modo que uma *cláusula de restrição* pode ser estipulada no conteúdo geral da norma que protege tais liberdades, para dar vazão a essa realidade. E assim o próprio Alexy, inspirado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, sugere o seguinte enunciado como tradução do conteúdo dessa liberdade fundamental – que se aplica perfeitamente à indagação aqui proposta:

São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico, se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística (ALEXY, 2012, 142).

E nesse prenúncio é possível verificar, pois, que a colisão entre princípios constitucionais deve ser colocada como vetor no centro da problemática sobre as limitações ao direito fundamental de liberdade artística.

Sendo o confronto entre princípios, porém, sempre uma antinomia em potencial, isto é, que depende das circunstâncias – fáticas e jurídicas – para ser delimitada, é somente a partir de uma situação concreta – ainda que hipoteticamente traçada – que se pode tratar dos limites possivelmente existentes a essa liberdade.

Nesse sentido, então, dentre as inúmeras possibilidades de confrontos temáticos envolvendo conteúdos musicais, como um dos objetivos da presente pesquisa optou-se pela análise do contraponto entre o *princípio* da liberdade artística e o *princípio* da igualdade de gênero, expressão da dignidade da pessoa da mulher.

Afinal, percebe-se que, no contexto sociocultural brasileiro, referências sexuais e, de certa forma, pejorativas à mulher têm sido constantemente deflagradas em canções populares, inclusive naquelas executadas sob o ritmo comumente chamado de “funk” (ou “funk carioca”).

3 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por meio de uma Ação Civil Pública, as letras de duas canções de *funk*, “Tapinha” e “Tapa na Cara”, foram levadas ao crivo do Poder Judiciário, que chegou a reprimir a expressão de uma delas, intitulada “Tapinha”, produzida por Furação 2000 Produções Artísticas Ltda.

Para fins de delineamento da temática do presente trabalho, então, é o conteúdo dessa canção que será analisado, em relação ao caso narrado. A seguir está reproduzida a letra da citada música (“Tapinha”):

Vai Glamurosa
Cruze os braços no ombrinho
Lança ele prá frente
E desce bem devagarinho.
Dá uma quebradinha
E sobe devagar
Se te bota maluquinha
Um tapinha eu vou te dar
Porque...
Dói, um tapinha não dói
Um tapinha não dói
Um tapinha não dói
Só um tapinha...(2x)
Em seu cabelo vou tocar
Sua bôca vou beijar
Tô visando tua bundinha
Maluquinho prá apertar...(2x)
[sic]

No processo citado, ocorreu a condenação da produtora da canção, em decisão de primeiro grau da Justiça Federal, que foi revertida, porém, com posterior absolvição, recentemente (em julho de 2013), no Tribunal Federal da 4º Região. A competência jurisdicional federal foi reconhecida, ademais, porque se fundamentava a pretensão inicial na violação de um Tratado Internacional.

Em tempo, adiantem-se, desde logo, alguns argumentos constantes do parecer proferido pela Procuradoria Regional da República, órgão do Ministério Público Federal, ao entender que, a partir de letras de músicas como a citada:

[...] incute-se na mentalidade coletiva ‘não ser tão errado’ praticar atos de violência como os narrados nas canções, por constituírem forma de prazer em que ‘aceitação’ ou ‘pedido’ da vítima justificariam a prática da barbárie.

E não há que se vislumbrar qualquer eiva aos princípios constitucionais da democracia e do Estado de Direito na ação que visa a responsabilizar excessos de linguagem. A mídia utiliza-se do emblema ‘censura’ como carta de alforria absoluta, arvorando-se o direito de veicular sons e imagens sem qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva e atendimento ao bem-estar geral.

Ora, mesmo o repúdio geral à censura não implica irrestrita possibilidade de divulgação e comunicação de tudo; há de se ponderar todos os demais direitos fundamentais, sob pena de o cidadão ficar refém de mídia onipotente, visando apenas a lucro (vendas), sem o cumprimento de escopos coletivos, insculpidos em tratados internacionais, na Constituição Federal e em diplomas legais.

No caso, podem parecer inofensivas, ou apenas de mau gosto para uns e advertidas a outros as letras e músicas em tela, mas incutem e traduzem vícios, violência, transgressões, desrespeito, desprezo, preconceito de gênero, aumentando as tensões sociais em vez de gerar a paz.

Encontra-se o julgador entre os dois caminhos: ou permite que o mercado midiático aja livre e inconsequentemente, regido somente pelo lucro, ou cumpre sua função social de coarctar e impor limites a práticas abusivas e perniciosas à dignidade da pessoa humana, respeitando e fazendo respeitar a Constituição Federal e os direitos fundamentais da cidadania, em especial – neste caso – das mulheres.

Nos próximos subtítulos, serão descritos os fundamentos e as decisões prolatadas no caso, onde se destaca a análise hermenêutica realizada pelos órgãos jurisdicionais sobre a colisão dos princípios constitucionais envolvidos.

3.1 Ação Civil Pública nº 2003.71.00.001233-0/RS

O Ministério Público Federal e a Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Organização Não-Governamental (ONG), ajuizaram uma Ação Civil Pública em face da Gravadora Sony *Music Entertainment* (Brasil) Indústria e Comércio Ltda., da Furação 2000 Produções Artísticas Ltda. e da União.

Em resumo, os pedidos iniciais foram: 1. A condenação da gravadora *Sony* e da produtora *Furação 2000* ao pagamento de indenização por dano moral difuso, em razão do lançamento das músicas, respectivamente, “Tapa na Cara” e “Tapinha”; 2. A condenação da *União* ao cumprimento do disposto no artigo 8º, g, da Convenção de Belém do Pará, para que promovesse a inclusão, nos contratos de concessão de exploração dos meios de comunicação, de cláusulas específicas que importem em observância dos parâmetros de erradicação da violência e promoção da dignidade da mulher; e para elaborar, através de órgão competente, e encaminhar, a todas as gravadoras de CD e aos meios de comunicação televisivos e

radiofônicos, diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher, em todas as suas formas, além do realce da dignidade feminina.

A petição baseou-se na assertiva de que há forte influência das músicas na realidade social, que, nesse caso, induz à conseqüente banalização da violência, e que a divulgação das citadas letras seria contrária à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Sustentavam os autores que, no conteúdo lírico das canções, existia uma situação de banalização da violência contra a mulher, além da transmissão de visão preconceituosa contra a imagem da pessoa feminina e seu papel social.

Destaque-se que essa ação civil pública foi, na verdade, o desdobramento de amplo debate acerca da temática em questão, refletindo a preocupação de considerável segmento da sociedade no que concerne à proteção da mulher. O MPF instaurara inquérito civil e realizara audiências públicas, com participação de entidades de proteção à mulher, Procuradores da República, membros da Ordem dos Advogados do Brasil e representantes de órgãos governamentais e da sociedade civil em geral.

Deixando-se de lado, no entanto, as peculiaridades referentes ao procedimento em questão, a análise ficará restrita ao conteúdo das decisões jurisdicionais em si.

Bem, no juízo de primeiro grau, da condenação anunciada pode-se destacar para análise a seguinte fundamentação:

Em síntese, a garantia constitucional da livre manifestação do pensamento, bem como da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, não pode representar salvo-conduto para a violação de outros valores constitucionais igualmente assegurados.

Assim sendo, eventual procedência do pedido de condenação por dano moral coletivo não significa a restauração da censura, mas sim a afirmação de que a liberdade de expressão artística deve ser exercida em harmonia com os demais direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

Restam assentadas, assim, as premissas necessárias à análise da questão, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, cuja definição há de ser dialeticamente construída no caso concreto; e liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação como direito fundamental passível de ser delimitado à luz dos demais valores resguardados pela Constituição Federal, em virtude da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

[...]

Dar um ‘tapa’ não é um gesto banal e inofensivo como a música retrata. A conduta, no direito brasileiro, recebe a denominação de injúria real e constitui ilícito civil e penal, com tipificação no artigo 140 do Código Penal, que está inserido no capítulo que trata dos crimes contra a honra.

[...]

O juiz federal, ao prolatar a sentença, em 19 de fevereiro de 2008, entendeu configurado o dano moral coletivo a partir da letra da música “Tapinha”, que considerava uma

banalização da violência contra as mulheres, arbitrando a condenação em prestação pecuniária a ser revertida em benefício do público atingido.

Assim, houve condenação à indenização pelo dano moral coletivo, uma vez que a *Furacão 2000*, ao divulgar o produto musical, “não efetuou a devida análise do conteúdo da letra que, no caso, excedeu os limites impostos pelo fim social e pelos valores éticos e sociais da pessoa e da família à livre manifestação da atividade intelectual, artística e de comunicação”. Assim, Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda. foi condenada ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), revertidos em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos.

Da decisão, entretanto, houve recurso.

3.2 *Apelação Cível nº 0001233-21.2003.404.7100 (TRF4)*

O acórdão aqui retratado foi proferido pela 4ª Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, em 02 de julho de 2013. Não houve unanimidade na decisão, inclusive, sendo vencido o relator. No acórdão, foi provida a apelação da produtora-ré *Furacão 2000*.

A decisão colegiada apresentou-se sob a justificativa de que a atuação censória do Estado sobre as atividades culturais e econômicas para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive no combate à violência doméstica contra a mulher, não pode ser exercida apenas levando em conta, em abstrato, os princípios constitucionais que foram enaltecidos, sem se atentar para a particularidade do fato.

Segundo o acórdão, seria inquestionável a reprovabilidade de qualquer manifestação artística que incite ou estimule a violência contra a mulher. Ocorreu que, para a maioria dos magistrados, tal conduta não foi identificada a partir da letra da música indicada. Alegou-se, ainda, de forma direta, que não foi produzida, no curso do processo original, *prova pericial* antropológica, sociológica, psicológica ou política para demonstrar que efetivamente houve *incitação à agressão* contra a mulher ou *contribuição efetiva* para violência no âmbito doméstico ou familiar.

Tratou a decisão, ademais, de enaltecer a liberdade de expressão e o exercício da atividade econômica, como descrito em parte do acórdão:

No exame dessa atividade censória do Estado, não se pode perder de vista o direito à liberdade de expressão do artista e o direito do empresário ao exercício de atividade econômica lícita, assegurados constitucionalmente. Qualquer cidadão, artista ou empresário, não pode ser privado de contribuir para o ambiente moral coletivo, expressando o que pensa e o que sente, pois goza de liberdade e tem asseguradas garantias que lhes permitem expressar suas produções artísticas e exercer atividades econômicas lícitas.

Ressalte-se, nesse ponto, a argumentação utilizada pelo juiz que pediu vista dos autos, cujo voto foi condutor do entendimento majoritário, pois, em seu entendimento, a questão referente aos danos morais “não poderia se basear apenas em normas e valores, mas também precisaria repousar sobre fatos concretos, sobre uma realidade concreta de estímulo à agressão e de desprezo aos direitos fundamentais das mulheres”.

Desse modo, o julgador exigia, porém, algo que parece ser praticamente impossível ou dificilmente alcançável, ao reclamar da ausência de um estudo efetivamente exato, que demonstrasse, com a definição de *causa e efeito*, que a letra da música provocara algum ato de violência, como assevera em seu voto-vista:

[...] uma demonstração sociológica ou psicológica, por exemplo, de que um homem que ouve que um ‘tapinha não dói’ ou que se excita com uma mulher pedindo ‘tapa na cara’ estão mais propensos a chegar em casa e tratar com violência e agressão suas companheiras. Alguma prova nesse sentido seria necessária porque os prejuízos alegados na petição inicial (e na emenda à inicial) não são para mim auto-evidentes, por tudo que apresento nesse voto. Mas não encontro prova psicológica, sociológica, antropológica, política, técnica de que aquelas duas letras de mau-gosto conseguem gerar sentimentos negativos em relação às mulheres, depreciando sua auto-estima ou incentivando que sejam agredidas, a ponto de justificar sejam tais músicas proibidas ou censuradas.

De qualquer modo, numa análise acerca da decisão colegiada, tomada a partir do voto divergente, o qual levou à absolvição da entidade produtora da música “Tapinha”, verifica-se que a fundamentação utilizada não teve como foco discutir o conflito existente entre os dois princípios suscitados neste trabalho. Para o magistrado condutor, a solução encontrada não teve por base uma colisão, que não teria ocorrido; decorreu do fato de que a música difundida não afrontaria a dignidade da mulher e não faria apologia à violência. Logo, nessa perspectiva, não seria caso de análise de conflito de princípios, em que um tivesse que, no caso concreto, se sobrepor ao outro.

Esclareça-se, ademais, que ainda não houve recurso das partes à jurisdição superior, o que poderia levar o caso para uma discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – já que fora suscitada questão referente à aplicação de tratado internacional – ou do Supremo Tribunal Federal – tendo em vista a controvérsia que envolve direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Entretanto, não obstante os fundamentos e desfechos das decisões relatadas, deve-se ter em conta que o conflito – aparente ou não – suscitado ao longo desse trabalho deve ser analisado numa perspectiva crítica diante do sistema constitucional.

4 IGUALDADE DE GÊNERO COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA MULHER

Para a decisão de um caso concreto, todo princípio é uma razão *prima facie* no reconhecimento de um direito a alguém, isto é, quando a norma que veicula um direito (ainda que fundamental) é uma norma-princípio, não se pode argumentar que esse direito é definitivo, enquanto razão para a decisão. Isso se daria, por outro lado, com as prescrições feitas por uma norma-regra, a qual, sendo razão para um determinado juízo concreto, será sempre uma razão definitiva (ALEXY, 2012, p. 108).

Sendo assim, retomando-se aqui a análise do conteúdo dos princípios que podem estar em conflito na perspectiva do embate entre a liberdade artística e a proteção à igualdade de gênero e dignidade da mulher, algumas questões podem ser analisadas de maneira mais aprofundada sobre a temática – a despeito do que foi decidido no âmbito do Poder Judiciário.

O princípio da dignidade da mulher está relacionado à necessidade social de especificar o princípio da dignidade humana, mas também decorre da análise do princípio da igualdade.

No texto do artigo 5º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, destaca-se o princípio da igualdade de gêneros, nos seguintes termos: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Essa afirmação decorre de uma necessidade justificada pelas diversas diferenciações atribuídas às pessoas exclusivamente pelo seu sexo. Hunt (2009) afirma que o surgimento dos argumentos explícitos para a igualdade política das mulheres modificou a ideia de inferioridade natural fundada em questões biológicas. As mulheres passam a não mais serem vistas, juridicamente, como um sexo inferior, mas como um sexo biologicamente diferente.

Nesse sentido, os preceitos de igualdade, educação e cidadania estão atrelados aos direitos da mulher na Constituição brasileira, que foi uma conquista importante para as mulheres em plano jurídico. O estabelecimento da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres rompe um paradigma na tradição do ordenamento brasileiro, em diversos âmbitos – e isso ganha destaque quando se tem em conta que a grande luta do mundo contemporâneo é a busca pela concretização efetiva dos preceitos assegurados na Constituição (BERTOLIN, 2010).

Historicamente, é possível verificar que as mulheres estiveram na vanguarda das lutas por direitos e na retaguarda das conquistas. Afinal, a reivindicação feminina por igualdade jurídica não é recente. Destaque-se, por exemplo, a figura de Olympe de Gouges, no cenário da Assembleia Nacional Francesa, à época da Revolução. Ela, que era atriz, escreveu também uma declaração, mas de cunho igualitário, a Declaração dos Direitos da

Mulher e da Cidadã¹¹, não para pugnar pela preponderância das mulheres, porém buscando estabelecer igualdade entre os gêneros. O resultado dessa iniciativa, contudo, foi o assassinato da autora revolucionária, como resposta ao seu pensamento.

Em sua proposta, Olympe de Gouges pedia à Assembleia Nacional para decretar, entre outras afirmações, que o princípio de toda a soberania residiria essencialmente na nação, a qual seria o encontro de Mulheres e Homens, e que nenhum corpo e nenhum indivíduo poderiam exercer autoridade sobre outro, a não ser de si próprio. A principal reivindicação era de reconhecimento da cidadania das mulheres e a sua visibilidade no contrato social, não apenas se referindo ao contrato conjugal, mas ao grande contrato constitucional (SÁNCHEZ, 2008).

E essa histórica luta pelo respeito à igualdade dignificante das mulheres acabou conquistando espaço em documentos constitucionais e internacionais ao longo do tempo. Entretanto, não obstante a positivação de normas protetoras e promotoras desse igualitarismo jurídico, é possível verificar que a efetivação dos direitos ligados à dignidade feminina ainda é socialmente reticente – e isso leva a inúmeros conflitos de ordem jurídica, como aquele suscitado neste trabalho.

As liberdades constitucionais, em todas as suas extensões, enquanto direitos fundamentais, ou melhor, princípios normativos, constituem mandamentos de otimização e, diante das possibilidades fáticas e jurídicas que lhe direcionem a expansão de sua eficácia, revelam direitos à proteção contra eventuais violações por ato de terceiros, de modo que, nessa concepção, serão “*realizáveis em maior medida*”, se não protegerem seu titular apenas contra o Estado, mas também diante de condutas de outros entes privados (SILVA, 2011, p. 146).

E esse raciocínio também pode ser aplicado para a interpretação das normas constitucionais de *isonomia*, que, proibindo a discriminação injustificada, têm escopo de assegurar também a eficiência no exercício das liberdades fundamentais.

Afinal, se, por um lado, a toda liberdade fundamental que existe em face do Estado, gerando-lhe o dever de abstenção diante da ação ou situação do indivíduo, corresponde uma

¹¹ Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã: *As mães, as filhas, as irmãs, representantes da nação, reivindicam constituir-se em Assembleia Nacional. Considerando que a ignorância, o esquecimento, ou o desprezo da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governantes, resolvem expor em uma Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis, e sagrados da mulher, a fim de que esta Declaração, constantemente, apresente todos os membros do corpo social seu chamamento, sem cessar, sobre seus direitos e seus deveres, a fim de que os actos do poder das mulheres e aqueles do poder dos homens, podendo ser a cada instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações das cidadãs, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, estejam voltados à manutenção da Constituição, dos bons costumes e à felicidade de todos.*

espécie de “proteção negativa” (que protege por meio de proibições), por outro, uma “proteção positiva” surge da conjugação entre uma liberdade e um direito a uma ação/prestação (ALEXY, 2012, p. 234).

Ademais, considerando-se que as prestações devidas pelo Estado podem ser não apenas de caráter material, mas também de conteúdo normativo, isto é, um direito a atos estatais de criação de normas¹² (ALEXY, 2012, p. 202), pode-se falar, como decorrência do postulado da igualdade, no direito à edição de regras que promovam a isonomia material ou proíbam a discriminação substancial.

Afinal, se o efeito básico do direito à igualdade é permanente no sentido de garantir à pessoa o direito de resistência perante a lei (isonomia formal), também abrange o direito de resistir contra a desigualdade pela lei (MARTINS, 2010, p. 474).

E essa situação pode ser verificada no sistema constitucional brasileiro, envolvendo a discriminação de gênero, nos termos postos em debate neste trabalho.

No ordenamento jurídico nacional, há anunciada proibição de incitação à violência contra a mulher. Destarte, a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica é obrigação do Estado por expressa manifestação constitucional¹³.

E, a partir dessa premissa, então, já não se pode falar em coibição da violência, sob o olhar do Estado, se este for permissivo diante de sua incitação.

Assim, como resultado lógico da leitura do §8º do art. 226 da Constituição, pode-se inferir que – ao menos para os fins da análise sistemática deste trabalho – a proibição de incitação à violência contra a mulher é um princípio constitucional, que decorre do próprio preceito da dignidade feminina, expressando, ademais, o direito fundamental à proteção estatal normativa, verificada no postulado de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

Exemplo de uma prestação normativa que – em tese – atenderia ao direito fundamental de proteção estatal contra a discriminação de gênero e, especificamente, contra a violência doméstica pode ser verificado, de forma interpretativa, a partir dos institutos previstos na Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006¹⁴.

¹² Robert Alexy lança o seguinte exemplo para elucidar a ideia de um direito à prestação estatal normativa: “se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro [...], o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie” (ALEXY, 2012, p. 202).

¹³ Art. 226, § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁴ Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a

A citada lei – conhecida popularmente como Lei Maria da Penha – chegou a ter sua constitucionalidade questionada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, reconheceu sua legitimidade político-jurídica no ordenamento brasileiro, pronunciando-se na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Colacionam-se, aqui, um resumo do julgamento e dos fundamentos teóricos e fáticos que pela Corte foram utilizados para justificar a instituição e manutenção da lei:

O Plenário julgou procedente [o pedido na] ação declaratória, ajuizada pelo presidente da República, para assentar a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). [...] No mérito, rememorou-se posicionamento da Corte que, ao julgar o HC 106.212/MS (DJE de 13-6-2011), declarara a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha [...]. Reiterou-se a ideia de que a aludida lei viera à balha para conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da CF. Consignou-se que o dispositivo legal em comento coadunar-se-ia com o princípio da **igualdade** e atenderia à ordem jurídico-constitucional, no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica. Aplicou-se o mesmo raciocínio ao afirmar-se a constitucionalidade do art. 1º da aludida lei [...]. Asseverou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para **fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional**. Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Frisou-se que, na seara internacional, a Lei Maria da Penha seria harmônica com o que disposto no art. 7º, item c, da Convenção de Belém do Pará [...] e com outros tratados ratificados pelo país. Sob o enfoque constitucional, consignou-se que a norma seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Sublinhou-se que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Discorreu-se que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente (ECA)." (ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012, Plenário, *Informativo* 654.) [grifos nossos].

A famigerada “Lei Maria da Penha” estabelece uma série de tratamentos diferenciados para a vítima da violência e para os agressores, de modo que se considera a situação de vulnerabilidade vivenciada no âmbito doméstico como merecedora de determinação específica do legislativo e comportamento distinto dos agentes públicos.

Na elaboração da lei, haveria o pressuposto de que grande parte das mulheres brasileiras viveria situação de hipossuficiência no âmbito doméstico, sendo vítimas de agressões por serem dependentes física, econômica e psicologicamente de seus companheiros.

Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A situação tornou-se alarmante e exigiu uma postura do Estado brasileiro, o qual, ademais, precisou dar respostas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁵.

Não bastasse isso, nessa perspectiva de análise da proteção jurídica à mulher como forma de promoção da igualdade de gênero enquanto expressão da dignidade constitucional, alguns outros pontos (extrajurídicos) podem ser postos em destaque para dar maior dimensão à realidade subjacente à questão principal deste trabalho.

De acordo com a pesquisa "Violência contra a Mulher: feminicídios¹⁶ no Brasil", divulgada, no dia 25 de setembro de 2013, na Câmara dos Deputados, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, pelo menos 50 mil mulheres foram assassinadas, entre os anos 2001 e 2011, no Brasil. Segundo o relatório da pesquisa, ademais, “estima-se que ocorreram, em média, 5.664 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 472 a cada mês, 15,52 a cada dia, ou uma a cada hora e meia”¹⁷. Além disso, o mesmo estudo aponta algumas outras informações relevantes:

As regiões Nordeste, Centro-Oeste e Norte apresentaram as taxas de feminicídios mais elevadas, respectivamente, 6,90, 6,86 e 6,42 óbitos por 100.000 mulheres.

Mulheres jovens foram as principais vítimas: 31% estavam na faixa etária de 20 a 29 anos e 23% de 30 a 39 anos. Mais da metade dos óbitos (54%) foram de mulheres de 20 a 39 anos.

No Brasil, 61% dos óbitos foram de mulheres negras (61%), que foram as principais vítimas em todas as regiões, à exceção da Sul. Merece destaque a elevada proporção de óbitos de mulheres negras nas regiões Nordeste (87%), Norte (83%) e Centro-Oeste (68%).

A maior parte das vítimas tinham baixa escolaridade, 48% daquelas com 15 ou mais anos de idade tinham até 8 anos de estudo.

No Brasil, 50% dos feminicídios envolveram o uso de armas de fogo e 34%, de instrumento perfurante, cortante ou contundente. Enforcamento ou sufocação foi registrado em 6% dos óbitos. Maus tratos – incluindo agressão por meio de força corporal, força física, violência sexual, negligência, abandono e outras síndromes de maus tratos (abuso sexual, crueldade mental e tortura) – foram registrados em 3% dos óbitos.

¹⁵ Maria da Penha Maia Fernandez denunciou, juntamente com organizações civis, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a tolerância da República Federativa do Brasil com a violência cometida por seu ex-marido, que culminou em tentativa de homicídio, tornando-a paraplégica. A Comissão Interamericana concluiu que a República Federativa do Brasil foi responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. Foram apresentadas diversas recomendações ao Estado brasileiro que ofereceu como uma das respostas a elaboração da Lei 11.340/2006.

¹⁶ Segundo Garcia (2013) os termos feminicídios ou femicídios são utilizados nos casos de mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, ocorridos pelo fato de serem mulheres. Estes crimes são geralmente perpetrados por homens, principalmente parceiros ou ex-parceiros, e decorrem de situações de abusos no domicílio, ameaças ou intimidação, violência sexual, ou situações nas quais a mulher tem menos poder ou menos recursos do que o homem.

¹⁷ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_leilagarcia.pdf. Acesso em: 15 fev. 2014.

Em trabalhos que são vistos como referências para os estudos de violência contra a mulher, é possível identificarem-se três correntes principais, que analisam o fenômeno: primeiramente, a corrente da *dominação masculina*, segundo a qual a violência é uma expressão de dominação da mulher pelo homem, resultando na anulação da autonomia feminina, que se estabelece como vítima e ao mesmo tempo como cúmplice; a segunda corrente, chamada de *dominação patriarcal*, compreende a violência como expressão do patriarcado, no qual a mulher foi historicamente vitimada pelo controle social masculino; e a terceira e última corrente é chamada de *relacional*, pois diz respeito à relativização das noções de dominação, na qual a mulher é vista como cúmplice da violência explicitada na forma de um jogo (SANTOS, 2005).

De qualquer forma, é necessário ter-se em conta que a ideia de dignidade da mulher como um princípio constitucional exige a atuação concreta do Estado, tendente a promover a dignidade da pessoa humana em todas suas extensões:

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, caput, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como norma-objeto. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais profunda relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição (GRAU, 2004, p. 180).

Nessa passagem, Eros Grau faz importante referência a uma questão que nem sempre é devidamente tratada quando se fala de casos em que direitos fundamentais entram em conflito: a eficácia dessas normas entre os próprios sujeitos de direito.

5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Retome-se, aqui, a discussão acerca do princípio da liberdade de expressão artística. Como visto, a eficácia desse direito foi projetada, pelo próprio texto constitucional, de maneira verticalizada, protegendo o indivíduo contra a ação estatal, tal qual ocorre, inicialmente, com as demais liberdades fundamentais.

Entretanto, é necessário ter-se em conta que, se, por um lado, os direitos fundamentais tornam-se juridicamente relevantes, numa primeira dimensão, como expressão da liberdade individual, em oposição e resistência ao Estado, numa relação de verticalidade

(BONAVIDES, 2013, p. 582), não é somente o ente estatal que pode ser limitado pelas normas de direitos fundamentais, mas também os cidadãos, em todas as relações formuladas entre si, numa perspectiva de horizontalidade (SILVA, 2011, p. 52), de modo que um sujeito pode ser livre para praticar determinado ato em face do Estado, mas ao mesmo tempo não sê-lo para praticá-lo em face de outra pessoa (ALEXY, 2012, p. 228).

Retomando-se a ideia inicial de que o espaço de incidência para o exercício do direito fundamental expresso numa norma-princípio é delineado não apenas pelas circunstâncias dos fatos subjacentes, mas também pela situação jurídica que o conforma diante de outros princípios constitucionais, aqui se podem identificar como limitações ao princípio da liberdade de expressão artística, tanto o direito fundamental à igualdade de gênero, que protege a mulher contra a discriminação, quanto o direito à prestação estatal – normativa¹⁸ e material¹⁹ – que reprime a conduta que incite a violência e a segregação, enquanto expressões do preceito da dignidade da mulher.

Mas, como suscitado, não é apenas o Estado o destinatário desses direitos. As normas de direitos fundamentais, certamente, interferem nas chamadas relações horizontais, incidindo e interferindo na situação de outros indivíduos privados.

Quanto a isso, todavia, é necessário que sejam esclarecidas questões metodológicas sobre a possibilidade – por muitos ainda refutada – de eficácia, efeitos e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre sujeitos privados. Tais situações, contudo, não se confundem. Para tanto, elucidativo é o resumo feito por Virgílio Afonso da Silva:

(a) Quando se negam quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, *não se nega a eficácia* daqueles. [...] (b) Quando se sustenta que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são indiretos [...], *não se nega a eficácia* das normas de direitos fundamentais, nem sua produção de efeitos nas relações entre particulares, mas nega-se uma aplicabilidade [...] (c) Quando se sustenta que as normas de direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação jurídica interprivados, pressupõe-se não somente que as normas de direitos fundamentais são eficazes e produzem efeitos nesse tipo de relação, mas também que essa produção de efeitos é direta, *via aplicação das normas de direitos fundamentais* (SILVA, 2011, p. 58-59).

Dessa explicação pode-se extrair, primeiramente, que a eficácia das normas de direitos fundamentais entre particulares pode ter efeitos diretos ou indiretos, a depender de sua aplicabilidade à relação privada, a qual, sendo possível, traduz-se num direito subjetivo dado às partes envolvidas.

¹⁸ CRFB, art. 5º, XLI.

¹⁹ CRFB, art. 226, § 8º.

Nas relações entre particulares, os direitos fundamentais, enquanto princípios materiais, tendem a limitar a autonomia privada, a qual, por sua vez, sendo considerada princípio formal²⁰, atuaria justamente em direção oposta, incitando o respeito à autonomia. Nesse sentido, então, direitos fundamentais seriam razões para não-competências, enquanto os princípios formais seriam razões para competências (SILVA, 2011, p. 150).

O autor utiliza, nessa explicação, as formulações de Robert Alexy, que trata da competência como decorrência da posição em que se encontra alguém dotado de capacidade para alterar uma situação jurídica por meio de suas ações (ALEXY, 2012, p. 236). Nesse sentido, sintetiza Virgílio da Silva:

Segundo esse conceito, um sujeito de direito *A* tem uma competência em face do sujeito de direito *B* quando, com base nessa competência, *A* pode alterar uma posição jurídica de *B*. Isso significa, por outro lado, que o sujeito de direito *B* encontra-se, em face de *A*, em uma posição de sujeição (SILVA, 2011, p. 150).

Nesse contexto, contrapondo competências do Estado e a sujeição dos particulares, Alexy, por sua vez, ressalta que normas de direitos fundamentais, ao outorgarem proteção negativa à liberdade individual (como se dá na liberdade de expressão artística), funcionam também como normas negativas de competência para o Estado, é dizer:

Quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito da não-sujeição. A esse direito corresponde uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não-competência, definido pelas normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2012, p. 247-248).

Tomando-se por base esse pensamento, de outro lado, os direitos fundamentais igualmente poderiam servir como razão de não-competência para ações entre particulares, ao proteger posições jurídicas dos indivíduos (SILVA, 2011, p. 152).

E isso seria justamente o que acontece no embate entre a liberdade de divulgação da expressão artístico-musical e o dever, juridicamente diferenciado, de proteção à integridade da dignidade da mulher, decorrência do direito à igualdade.

Em tal situação, pode-se reconhecer à mulher – ainda que enquanto um sujeito coletivizado – uma posição de não-sujeição, que retiraria do artista/músico a competência

²⁰ Utilizando os conceitos de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva faz referência aos “princípios formais”, que traduziriam normas de validade, ou seja, responsáveis por fornecer razões para a obediência a alguma outra norma, seja qual for o comando a ser obedecido – como seria o princípio da competência decisória do legislador, segundo o qual as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível. Nesse mesmo sentido, tratando-se de relações entre particulares, a autonomia privada exerceria o papel de princípio formal que daria razões para que um ato de vontade particular, embora restrinja direitos fundamentais entre os envolvidos, “seja aceito e considerado como válido” (SILVA, 2011, p. 148-149). Essa ideia, todavia, como se pode perceber, somente poderia ser vislumbrada em relações contratuais.

para – ainda que baseado na liberdade de expressão – avançar no campo de proteção à dignidade feminina.

Ora, se os direitos fundamentais constituem armadura que protege as modalidades de comportamento individual por eles cobertas, não é certo, porém, que, sob o manto dessa cobertura jurídica, tudo se beneficie de uma proteção integral, indiferenciada ou incondicionada.

Nesse sentido, então, e no contexto do conflito suscitado neste trabalho, uma metodologia que pode ser utilizada é a da ponderação. Direitos fundamentais possuem, em geral, um conteúdo amplo; as restrições, por outro lado, somente são justificadas pela necessidade de efetivarem-se outros interesses dignos de proteção constitucional. A solução para os conflitos entre os direitos fundamentais, assim, está no peso do interesse que justifica a restrição (NOVAIS, 2006).

Ommati (2012), no entanto, chama atenção para a percepção de que é incorreto afirmar-se que existe limitação externa para todos os direitos. Segundo o autor, a liberdade de expressão não se encontra limitada, por exemplo, pela proibição da prática de racismo na Constituição brasileira. Ocorre, na verdade, que os princípios de igualdade, liberdade e proibição da prática de racismo são textos jurídicos que devem ser interpretados de modo a levar ao que se entende pela ideia de integridade do e no Direito.

E esse pode, talvez, ser um modo adequado de enxergar o real conflito jurídico existente no caso que fora objeto de julgamento na Justiça Federal, envolvendo a música de *funk* “Tapinha”, conforme citado acima. Mas algumas questões devem ser analisadas.

Primeiramente, segundo Virgílio Afonso da Silva, o recurso ao sopesamento – que é técnica inerente à ponderação, ou seja, típico mecanismo de solução de conflitos entre princípios constitucionais – seria inadequado para solucionar casos em que a autonomia privada tenha ensejado a restrição de direitos fundamentais nas relações particulares, principalmente porque sua efetuação (sopesamento), enquanto conteúdo da chamada “lei de colisão”, pressupõe uma análise acerca da importância entre dois princípios colidentes, não apenas de mesma hierarquia, mas de estrutura similar (contrapondo-se, aqui, a noção de princípios material e formal). Desse modo, seguindo-se o autor, não se poderia falar numa conexão direta entre os graus de realização ou restrição a princípios materiais (direitos fundamentais) e a princípios formais, ou seja, à autonomia privada (SILVA, 2011, p. 154-155).

Essa autonomia, contudo, pode gerar um conflito, entre direitos fundamentais, de teor mais “sensível”, quando repercute em relações *extracontratuais* – como é o problema central traçado nesta pesquisa.

Antes de buscar uma solução, porém, deve ser observado o exercício do sopesamento já feito pelo legislador, isto é, a análise da *mediação legislativa* existente deve preceder qualquer tentativa de levar a solução para o campo da ponderação judicial. Dessa forma, caso já exista a intermediação legislativa, pertinente ao caso, não se deve falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais à causa de natureza privada, uma vez que, nesse sentido, o legislador já haverá fixado uma solução, inculpada na norma positiva, para a colisão entre os direitos fundamentais envolvidos na hipótese (SILVA, 2011, 167-168).

Em resumo, portanto, a colisão de princípios somente deverá ser analisada numa perspectiva direta, sujeita às ponderações do caso concreto, se não existir ainda uma mediação legislativa que direcione a solução do caso para o desfecho previsto na lei.

Nesse contexto, porém, ainda que se limite a incidência da norma de direito fundamental, por conta da “triagem” feita pelo legislador, enfraquecendo sua força normativa direta, no deslinde do caso, subsiste, contudo, uma eficácia, ou melhor, um efeito indireto na interpretação da questão controvertida.

Afinal, se, numa mão, os direitos fundamentais existem como ordem objetiva de valores, irradiando-se por todo o sistema, noutra, atraem para seu campo de abrangência axiológica toda interpretação que se faz do ordenamento. Trata-se, aí, dos *efeitos indiretos* que as normas de direito fundamental projetam sobre as relações entre particulares. E, nesse contexto, é principalmente – mas não exclusivamente – por intermédio das chamadas *cláusulas gerais* que a eficácia dos direitos fundamentais encontra maior vazão para interferir nos efeitos jurídicos das relações privadas (SILVA, 2011, p. 78-79).

Nesse sentido, então, analisando-se o problema central suscitado neste artigo, retome-se o citado exemplo, concretamente observado pelos órgãos federais do Poder Judiciário: o confronto entre a liberdade de expressão artística e o respeito à igualdade de gênero como expressão da dignidade da mulher (o caso *Tapinha*).

Afinal, se, por um lado, no âmbito de regência do direito civil, aquele que viola um direito (*igualdade de gênero*), causando dano ao seu titular, por dolo ou culpa, comete ato ilícito, obrigando-se a repará-lo (CC, art. 186 e 927), deve-se reconhecer, por outro, que o exercício de uma liberdade constitucionalmente assegurada (*livre expressão artística*) configuraria legítimo exercício regular de um direito reconhecido, cuja consequência material,

ainda que possa ensejar um prejuízo, não poderia ser vista, inicialmente, como uma conduta ilícita (CC, art. 188).

O impasse, a priori, poderia ensejar maiores cogitações no âmbito da argumentação jurídica para ponderação dos interesses em jogo. A solução para esse conflito, no entanto, já aparece na intermediação feita pelo legislador civil, ao asseverar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CC, art. 187).

Os termos condicionantes previstos no texto legal – fins socioeconômicos, boa-fé e costumes – são desenganados exemplos das chamadas *cláusulas gerais*. E, se é por meio delas que os efeitos indiretos (interpretativos) dos direitos fundamentais podem ser prioritariamente percebidos (SILVA, 2011, p. 169), é nesse contexto que a colisão entre os princípios subjacentes pode ser debatida.

Afinal, ainda que existente a mediação legislativa, a qual prevê a consequência jurídica (*ilicitude*) para o fato ocorrido (*ruptura de limites*), previsão que é resultante da ponderação prévia do legislador acerca da possível colisão entre princípios constitucionais, o espaço argumentativo para o sopesamento é viabilizado justamente pela abertura das cláusulas gerais mencionadas.

Certamente, definir o conteúdo e alcance jurídico das expressões “fim econômico ou social”, “boa-fé” ou “bons costumes” não é uma tarefa que pode ser cumprida de maneira generalizada e definitiva – até porque não constitui objetivo deste trabalho. O preenchimento desse conteúdo dependerá das circunstâncias presentes.

Essa vagueza abre caminho, portanto, para que se possa proceder à argumentação que se baseia na ponderação entre os princípios que encontram nessas cláusulas a vazão para sua incidência.

É importante, nesse momento, contudo, fazer-se uma análise comparativa entre a problemática aqui traçada e um caso já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja discussão envolvia – ao menos numa primeira impressão – semelhante conflito entre os princípios de direito fundamental aqui tratados. Trata-se do famoso caso *Ellwanger*.

No *Habeas Corpus* n° 82.424, Siegfried Ellwanger, que escrevia livros de conteúdo anti-semita, requeria sua liberdade em face de condenação sofrida por aplicação da Lei n° 7.716/89, art. 20, incurso na prática de “racismo” – cujo conteúdo, na lei, é abrangente para qualquer discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência. Na ocasião, os ministros do STF recorreram à ideia de sopesamento entre princípios, como forma de alcançar uma solução para o caso. Em sua maioria, os julgadores contrapunham, de um lado, os

princípios da liberdade de expressão e comunicação social e, de outro, a dignidade da pessoa e, até mesmo, o direito à honra.

Virgílio Afonso da Silva, entretanto, verifica que, inobstante o adequado desfecho do caso, no qual se negou a ordem de *habeas corpus*, a construção da decisão da Corte não foi metodologicamente adequada. Isso porque, antes mesmo de inserir-se na deliberação qualquer recurso à ponderação de princípios, deveria ter sido levado em conta o prévio sopesamento já expressado na mediação legislativa que regulava os fatos subjacentes à causa:

Ora, no caso em questão, o legislador já havia feito *o seu sopesamento*, ao considerar crime inafiançável o crime de racismo. [...]. Não há que se discutir, portanto, se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante do que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram em fazer todos os ministros. A única discussão possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria uma discussão sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista (SILVA, 2011, p. 168).

Trazendo-se esse raciocínio para a discussão central deste trabalho, pode-se verificar a mesma procedência metodológica da análise aqui já realizada²¹, sendo que, todavia, a previsão legislativa suscitada não se apresenta com definitividade (diferentemente da lei que previu o crime de racismo), justamente por fazer referência às *cláusulas gerais* (“fim socioeconômico”, “boa-fé”, “bons costumes”) como condicionantes para que se configure a ilicitude ali prevista.

Assim, também é possível assinalar equívocos metodológicos na fundamentação das decisões proferidas no âmbito da Justiça Federal, para o caso “Tapinha”.

O juiz de primeiro grau, ao asseverar que o cerne do julgamento repousaria sobre o conflito entre o “princípio da dignidade da pessoa humana” e a liberdade de expressão artística “como direito fundamental passível de ser delimitado à luz dos demais valores resguardados pela Constituição Federal, em virtude da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais”, pareceu cometer, porém, o mesmo equívoco verificado na decisão do STF para o caso *Ellwanger*.

Ora, se no processo havia um pedido de indenização (ainda que por dano difuso), o caso deveria ser analisado no plano do direito civil, no qual o legislador já delimitara que a ofensa causada por *abuso de direito é ilícita*.

²¹ Para esclarecimento dessa questão, Robert Alexy acentua que “as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”, justamente no sentido de que somente se deve partir para a análise de princípios conflitantes (ponderação), se não existir uma regra que anteriormente preveja um desfecho (subsunção), ou seja, desde que já não haja uma prévia estipulação de precedência (como se dá nas previsões criminais), “a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado” (ALEXY, 2012, p. 140-141).

Restaria ao magistrado, assim, apenas verificar se a manifestação artística em questão excedia ou não os limites impostos “pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CC, art. 187), por meio da interpretação dessas *cláusulas gerais* de modo a dar vazão hermenêutica ao conteúdo dos princípios que entedia estarem subjacentes ao caso – e não, porém, fazer referência a “valores éticos e sociais da pessoa e da família” como fundamento para a condenação judicial (argumentação que parece desprovida de metodologia jurídica).

Por outro lado, o Tribunal Federal também parece haver cometido equívocos técnicos na formulação do acórdão, ao condicionar a configuração da ilicitude à verificação de relações de causas concretas e efeitos imediatos entre a produção e divulgação da canção e a mudança de índices de violência doméstica.

Naquela oportunidade, ao exigir a comprovação, por meio de “laudos”, dos impactos reais que a letra da canção questionada causava na camada social masculina, ou seja, ao condicionar a análise do problema à formulação de uma prova técnica que demonstrasse o que – *data venia* – era tecnicamente impossível, o Tribunal parece ter limitado sua decisão à análise de repercussões fáticas na causa, enquanto o debate central deveria passar, de modo principal, pela análise jurídica do conflito que estava em jogo.

Afinal, sendo o foco da discussão – ou devendo ser – a compatibilidade ou não entre o exercício regular de um direito e os limites inscritos na lei civil, ao se inserir o respeito à dignidade feminina, expressada na proibição de incitações discriminatórias, no conteúdo das cláusulas gerais de limitação como bons costumes ou fins sociais do exercício da liberdade de expressão artística, não se pode perder de vista que, verificado o ato ilícito danoso, ensejada estará a responsabilidade patrimonial (CC, art. 927).

E, sendo assim, parece ser inquestionável que, diante de todo o arcabouço constitucional que aponta para a proteção e promoção da igualdade de gêneros, reprimindo qualquer tipo de incitação à violência contra a mulher, é nesses valores que estão configurados os limites ao exercício da liberdade de expressão artística, não por se tratar de um conflito direto entre direitos fundamentais, mas porque encontra sua restrição na norma legal (uma regra) que, revelando o sopesamento previamente feito pelo legislador, optou pela possibilidade de preservação de outros valores juridicamente tutelados (fins sociais, bons costumes), cujo conteúdo, neste caso, passa a ser preenchido pelos princípios constitucionais que protegem a dignidade da mulher, através dessas *cláusulas gerais*.

Duas observações, ademais, podem ser opostas à lógica deliberativa do Tribunal.

Primeiramente, não se pode negar que o fato ocorrido poderia configurar ilícito de natureza penal, o que, certamente, não seria imputável aos réus do processo (pessoas jurídicas), mas poderia incriminar o escritor da letra, pela prática delitiva de discriminação²² ou até mesmo o crime de racismo²³. De qualquer forma, e diante ainda dos mandamentos constitucionais de criminalização de qualquer forma de preconceito, não se poderia deixar de reconhecer que a prática de uma conduta (delitiva) que, no plano do direito penal, gera um dano presumido (*iure et de iure*) poderia legitimamente dispensar a “comprovação” de prejuízos “morais” no âmbito da responsabilidade civil.

E, em segundo lugar, é certo que nem sempre a indenização por dano moral dependerá de mostra do efetivo prejuízo causado. É exemplo disso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada em enunciados²⁴ que atestam a possibilidade de ser reconhecido o dano, independentemente da demonstração do prejuízo concretamente experimentado (trata-se do dano moral *in re ipsa*).

Sendo assim, portanto, não parece ser melhor solução, para o caso, a que negou a responsabilização patrimonial por falta de “comprovação técnica” das efetivas consequências decorrentes da expressão artística questionada – enquanto a melhor argumentação, ao que parece, passaria pela discussão dos direitos e limites envolvidos.

CONCLUSÃO

A busca pela responsabilização civil do artista ou produtor musical que divulga uma canção cuja letra teria o potencial de denegrir a imagem feminina, incitando uma forma de violência contra a mulher, revela um conflito latente entre a liberdade de expressão artística, de um lado, e, do outro, a isonomia de gêneros, enquanto expressão da dignidade feminina. E a temática central deste trabalho foi analisada nessa perspectiva.

Como visto ao longo da exposição, no entanto, diferentemente do que fora operado pelos órgãos jurisdicionais que processaram o caso *Tapinha*, essa espécie de conflito não

²² Sendo a discriminação contra a mulher combatida, inclusive, por tratados internacionais (que têm *status* normativo de leis ordinárias ou até supralegal), que criminalizam tal conduta.

²³ Afinal, no julgamento do HC 82.424, o STF deixou assente que é possível englobar no conceito de racismo praticamente todo tipo de discriminação, visto que, “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”.

²⁴ Revelam isso, por exemplo, as súmulas do STJ n° 370 (caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado), 388 (a simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral) e 385 (da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento).

poderia nem deveria ser solucionada com base na aplicação direta da técnica de ponderação, onde os princípios envolvidos fossem objeto de sopesamento pelo julgador, com intuito de definir qual deles deveria prevalecer no caso concreto.

E isso se justifica pela existência prévia de uma regra legal expressa, que traduz o sopesamento já feito pelo legislador, segundo a qual o exercício de um direito torna-se ilícito ao ultrapassar os limites de sua finalidade socioeconômica, os bons costumes... Dessa forma, se a causa em discussão versava sobre responsabilidade patrimonial, estando sujeita ao regramento do direito civil, os princípios constitucionais em conflito, porém, somente provocariam *efeitos indiretos* nessa relação entre sujeitos privados – principalmente por meio da interpretação dessas cláusulas gerais do art. 187, CC.

E, sendo assim, pode-se reconhecer que as duas decisões proferidas pela Justiça Federal apresentaram equívocos metodológicos, já que não se deveria pôr em questão diretamente o confronto entre a liberdade de expressão artística e a proteção da imagem feminina, mas, primeiramente, verificar se o fato seria ou não caso de abuso de direito. Recaindo-se, assim, em uma situação já sopesada pelo legislador.

E, em face das normas constitucionais determinando que o Poder Público (incluindo-se o Estado-Juiz) proteja a mulher contra a violência de gênero e que também reprima – inclusive por meio de lei – as discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais, sendo objetivo da República combater qualquer forma de preconceito de sexo (art. 3º, IV), parece inequívoco reconhecer a ilicitude do fato narrado – revelando-se o acerto no *dispositivo* da sentença analisada, não em sua fundamentação, e o desacerto no acórdão do TRF, também por exigir comprovação técnica da ocorrência de um prejuízo de natureza imaterial, ignorando o próprio conceito de dano moral implícito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Claudia Pompeu Torezan Andreucci (orgs.). **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Néilson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GARCIA, Leila Posenato; et. all. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. IPEA, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em: 25 out. 2013.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARTINS, Leonardo. Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SÁNCHEZ, Elida Aponte. **La democracia y la constitución, de cara a los derechos humanos de las mujeres**. *Frónesis*: Revista de Filosofía Jurídica, social y política, Maracaibo, v. 1, n. 15, abr., 2008.

SANTOS, Cecília Mac Dowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. **Violência contra as mulheres, gênero e cidadania**: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Revista E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios del America Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.