

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JULIANA MARIA MOTA ZAMPIERI**

**UM TAPINHA QUE PODE CUSTAR CARO  
À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**Florianópolis, 5 de dezembro de 2016.**

JULIANA MARIA MOTA ZAMPIERI

UM TAPINHA QUE PODE CUSTAR CARO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Universidade Federal de Santa Catarina como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor João dos Passos Martins Neto.

**Florianópolis, 2016.**

JULIANA MARIA MOTA ZAMPIERI

UM TAPINHA QUE PODE CUSTAR CARO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Universidade Federal de Santa Catarina como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor João dos Passos Martins Neto.

**João dos Passos Martins Neto**  
Presidente da Banca

**Marcus Vinícius Motter Borges**  
Membro

**Pedro Menezes Nieburh**  
Membro

Florianópolis, 5 de dezembro de 2016.

*“Em toda a sociedade a produção do discurso é simultaneamente controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos”.*

*(Michel Foucault - A Ordem do Discurso).*

*Aos meus pais, que me ensinaram  
os valores pelos quais se deve lutar.  
À minha irmã, que sempre esteve disposta a me ouvir.  
Aos meus avós, que sempre estão ao meu lado.  
À minha família, meu maior alicerce.  
Ao meu namorado, que me apoiou desde o princípio.  
Às minhas amigas, que me incentivaram até o fim.  
Aos meus colegas de trabalho, que me ajudaram quando precisei.  
Aos professores da Banca, que me encantaram com suas aulas.  
Por fim, ao meu orientador, que despertou  
em mim o interesse e a paixão pela liberdade de expressão.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os fundamentos que embasaram a decisão da 2ª Seção do Tribunal Federal da 4ª Região que, ao dar provimento aos embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100, condenou as gravadoras *Sony Music* e *Furacão 2000* ao pagamento de R\$500.000,00 pelos danos morais causados às mulheres pela veiculação das músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói*. Ao confrontar os critérios de julgamento, a pesquisa trata do conceito de incitação à violência, da (im)possibilidade do Estado de intervir na arte, do livre direito à opinião, da necessidade de comprovação do dano moral e da incoerência lógica da ponderação de princípios a partir da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais. Questiona-se também sobre os possíveis efeitos da censura na sociedade e sobre uma possível criminalização judicial dos gêneros musicais *funk* e *pagode*, enquanto expressões culturais populares. A conclusão é de que a decisão deve ser reformada, porque afronta ao inciso IV, do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece que a expressão artística é livre de censura, bem como o art. 220, que garante que a criação não sofrerá qualquer restrição, entre outros dispositivos legais.

Palavras-chaves: incitação à violência; arte; intervenção; opinião; dano moral; presunção; ponderação; colisão; direitos fundamentais; censura; funk; pagode; liberdade de expressão; expressão artística; restrição.

## ABSTRACT

The purpose of this academic work is analyze the decision's reasons of the 2nd Section of the Federal Court of the 4th Region, which, by providing for the "embargos infringentes" no. 0001233-21.2003.4.04.7100, sentenced "Sony Music" and "Furacão 2000" to payment R\$ 500,000.00 for moral damages caused to women by the disclosure of songs "Tapa na cara" and "Tapinha não dói". When confronting the criteria of judgment, the research deals with the concept of "incitement to violence", the (im)possibility of the State to intervene in art, the free right to opinion, the need to prove moral damage and the incoherence logical of the weighting of principles. It is also questioned about the possible censorship's effects and about a possible judicial criminalization of the musical genres "funk" and "pagode" as popular cultural expressions. The conclusion is that the decision should be reformed, because it is against item IV of art. 5, of the Federal Constitution, which establishes that artistic expression is free of censorship, as well as art. 220, which guarantees that the creation will not be subject to any restrictions, among other legal provisions.

Keywords: violence's incitement; art; intervention; opinion; moral damage; presumption; weighting; collision; fundamental rights; censorship; *funk*; *pagode*; free expression; artistic expression; restriction.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA E PROBLEMA.....	10
1.2 JUSTIFICATIVA.....	10
<b>1.2.1 Atualidade do tema.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2.2 Importância da pesquisa.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2.3 Novidade do Trabalho.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2.4 Interesse da autora.....</b>	<b>12</b>
1.3 OBJETIVOS.....	13
<b>2 TRÂMITE PROCESSUAL ATÉ A DECISÃO.....</b>	<b>14</b>
2.1 MÚSICAS ATACADAS: <i>TAPA NA CARA</i> E <i>TAPINHA NÃO DÓI</i> .....	14
2.2 SÍNTESE DO LITÍGIO: INICIAL E CONTESTAÇÃO.....	15
2.3 DECISÃO DO PRIMEIRO GRAU: PARCIAL PROCEDÊNCIA.....	16
2.4 DECISÃO DO SEGUNDO GRAU: IMPROCEDÊNCIA.....	19
<b>3 FUNDAMENTOS DA DECISÃO EM ANÁLISE.....</b>	<b>25</b>
3.1 ATO ILÍCITO: DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO INAPROPRIADO.....	25
<b>3.1.1 Incitação à violência.....</b>	<b>27</b>
<b>3.1.2 Mulher inferiorizada.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.3 Ausência de utilidade social.....</b>	<b>30</b>
3.2 DANO: PRESUMIDO EM RAZÃO DO CONTEÚDO.....	31
3.3 PONDERAÇÃO: PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO À MULHER.....	32
3.4 MÚSICA: DIFUSOR DE IDEIAS E CONCEPÇÕES.....	34
3.5 FUNDAMENTO JURÍDICO: DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO.....	36
<b>3.5.1 Constituição Federal.....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.2 Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006) .....</b>	<b>37</b>
<b>3.5.3 Convenção Interamericana (Decreto n.º 1.973, de 01.08.1996) .....</b>	<b>37</b>
<b>4 CONFRONTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS.....</b>	<b>40</b>
4.1 INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA: PRUDÊNCIA OU EXAGERO? .....	41
<b>4.1.1 Liberdade não abarca incitação.....</b>	<b>41</b>
<b>4.1.2 Conceito de incitação à violência.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1.3 Análise do caso concreto.....</b>	<b>45</b>
4.2 MULHER INFERIORIZADA: FUNDAMENTO VÁLIDO? .....	48
<b>4.2.1 Uma questão de interpretação.....</b>	<b>48</b>

4.2.2 Cabe ao Estado interpretar? .....	53
4.2.3 E se fosse uma opinião? .....	58
4.2.3.1 Conceito de liberdade de expressão.....	59
4.2.3.2 Liberdade para as ideias despuoradas.....	59
4.3 AUSÊNCIA DE UTILIDADE SOCIAL: PRA QUEM? .....	62
4.3.1 Valor enquanto expressão cultural.....	63
4.3.2 Valor enquanto ato expressivo.....	66
4.3.2.1 Promoção do conhecimento.....	66
4.3.2.2 Consolidação da democracia.....	68
4.3.2.3 Autonomia da consciência.....	68
4.3.2.4 Incentivo à tolerância.....	70
4.3.2.5 Valores positivados.....	72
4.4 DANO PRESUMIDO: COM BASE NO QUÊ? .....	73
4.4.1 Papel do dano na responsabilidade.....	74
4.4.2 Breve histórico do dano moral.....	74
4.4.3 Conceito e requisitos do dano moral.....	75
4.5 PONDERAÇÃO: TÉCNICA OU MALABARISMO? .....	78
4.5.1 Premissas por trás da ponderação.....	78
4.5.2 Teoria aplicada ao caso concreto.....	79
4.5.3 Críticas da ponderação de princípios.....	83
4.6 DEVER DE PROTEÇÃO: CONTRA O QUÊ? .....	88
<b>5 PONTOS A SEREM CONSIDERADOS.....</b>	<b>91</b>
5.1 CENSURA: APAGA OU REFORÇA A ATENÇÃO? .....	91
5.2 RITMOS POPULARES: COINCIDÊNCIA OU PRECONCEITO? .....	95
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>102</b>

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA E PROBLEMA

O presente trabalho tem por escopo analisar a decisão proferida pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao dar provimento aos embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100, condenou as gravadoras *Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio Ltda.* e *Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda.*<sup>1</sup> ao pagamento de indenização no valor de R\$500.000,00 em razão dos danos morais que o lançamento das músicas *Tapinha na Cara* e *Tapinha não dói* teria causado às mulheres.

A questão central a ser respondida é se, a luz do ordenamento jurídico, o referido julgamento merece reforma ou se deve ser mantido como está.

Parte-se do pressuposto de que a decisão deve ser reformada, uma vez que afronta diretamente o inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura que “é livre a expressão da atividade artística, independentemente de censura ou licença”, bem como o art. 220, que garante que “a criação, sob qualquer forma ou veículo, não sofrerá restrição”.

### 1.2 JUSTIFICATIVA

Na faculdade de direito é comum que os alunos debruçam-se grande parte do tempo sobre a teoria, detendo-se à análise de conceitos e casos em abstrato. O exercício é de suma importância, porém, somente se perfaz com a prática.

Isso porque, o operador do direito, além dos textos, interpreta também o caso. Inexistem soluções previamente estruturadas para problemas jurídicos: cada solução, para cada caso, será sempre nova, de modo que o aprendizado do direito não se realiza pela mera leitura de textos normativos, mas sim pela análise de casos concretos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para facilitar a leitura, nas próximas linhas: o nome “Sony Music *Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio Ltda.*” será substituído pela expressão “*Sony Music*”; já o nomenclatura “*Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda.*”, pela expressão: “*Furacão 2000*”.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

Direito e jurisprudência andam juntos como dia e noite: um não existe sem o outro. É elementar o papel central que a jurisprudência exerce como fonte do direito, a exemplo das súmulas vinculantes e dos enunciados dos Tribunais<sup>3</sup>.

Conforme Contrucci: “seja qual for a fonte usada, cada vez tem maior importância a leitura que lhe dão os tribunais”. E não apenas a leitura, mas em especial a aplicação dada para cada norma e em que contexto<sup>4</sup>.

Tal aspecto ganha maior relevância quando se estuda o *direito de liberdade de expressão*, cujo entendimento, dada a complexidade e amplitude dos mais variados atos comunicativos, tende a variar conforme o caso a ser analisado.

Por esta razão, é que optou-se por um estudo de caso que envolvesse toda a complexidade do fenômeno e as inúmeras variáveis (ideológicas, sociais e políticas) que permeiam a matéria.

O objetivo é verificar como a liberdade de expressão (fenômeno tão complexo, abrangente e, ao menos tempo, instigante) vem sendo entendida pelos Tribunais. Mas, não é só, outros pontos também justificam a escolha do tema, abaixo delineados.

### **1.2.1 Atualidade do tema**

O tema é bastante atual, já que a decisão a ser analisada foi publicada em 30-10-2015, isto é, há aproximadamente um ano. Além disso, os recursos interpostos contra a decisão em análise (especial e extraordinário) foram protocolados há menos de 6 meses (28-4-2016) e sequer foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Ademais, é notória a importância que a temática (limites da liberdade de expressão) vem ganhando no cenário atual com a popularização dos termos *politicamente correto* e *discurso de ódio*, que invadiram não apenas as redes sociais, mas também as decisões judiciais.

---

<sup>3</sup> CONTRUCCI, Gustavo. **O que é a Evolução do Direito**. 2ªed. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 45-47.

<sup>4</sup> CONTRUCCI, op. cit, p. 45.

### 1.2.2 Importância da pesquisa

O julgado em análise é de suma importância, pois influi diretamente no alcance da liberdade de expressão, direito fundamental de todos os cidadãos (previsto no art. 5º, incisos IV, VI e IX, da Constituição Federal) e indispensável para a consolidação da autonomia da consciência, produção do conhecimento, manutenção da democracia e prática da tolerância<sup>5</sup>.

Além do mais, o estudo da temática poderá contribuir para embasar as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que, sem dúvida alguma, representarão importantíssimos precedentes no embate entre *liberdade artística e limitação estatal*.

### 1.2.3 Novidade do Trabalho

O trabalho é aparentemente inédito, já que em pesquisa sobre o tema no portal *Google* não se localizou qualquer obra que tenha tratado especificamente sobre a decisão em epígrafe.

Além disso, o trabalho traz pontos de vista raramente debatidos na academia, como a fragilidade da chamada “ponderação de princípios” e os “efeitos decorrentes da censura”.

A abordagem é igualmente inusitada, já que, ao contrário do que costuma ocorrer na academia jurídica, não se restringe à análise de conceitos genéricos, mas sim a um caso prático.

### 1.2.4 Interesse da autora

O interesse na matéria surgiu quando, tendo ciência do referido Julgado, a autora surpreendeu-se negativamente com o posicionamento da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A autora ficou surpresa e instigada a estudar o assunto, já que, em seu ponto de vista, referidas músicas estavam abarcadas pelo direito à livre manifestação artística, previsto na Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de Regulação**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 16-21.

O fascínio pela matéria aumentou, ademais, quando venho a cursar a disciplina *Liberdade de Expressão*, ministrada pelo professor João dos Passos, na qual, semana a semana, era compelida a pensar e refletir a partir da análise de casos práticos.

### 1.3 OBJETIVOS

O objetivo principal da pesquisa, conforme adiantado, é verificar se a solução jurídica dada pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região mostra-se a mais adequada para o caso, o que necessariamente passa pela identificação e análise dos fundamentos que embasaram tal julgamento.

Nesse viés, o objetivo secundário da pesquisa é identificar quais as premissas nas quais se baseou a decisão e, além disso, confrontá-las sob o ponto de vista jurídico, filosófico e sociológico.

Para tanto, o trabalho foi dividido em seis capítulos (sendo o primeiro e o último correspondentes à Introdução e a Conclusão). No segundo capítulo, será descrito o trâmite processual que resultou na decisão a ser analisada. No terceiro, serão identificados e sistematizados os fundamentos da decisão. No quarto (e mais longo de todos), serão analisados e confrontados cada um dos fundamentos identificados no capítulo anterior. Por fim, no quinto capítulo, serão feitas algumas reflexões que se mostram pertinentes para o caso, quais sejam: os efeitos decorrentes da censura e os fatores que supostamente determinaram a escolha das referidas canções.

## 2 TRÂMITE PROCESSUAL ATÉ A DECISÃO

O objetivo deste capítulo, como dito, é apresentar um resumo do trâmite processual que levou à decisão objeto de análise deste trabalho.

Assim, em primeiro lugar, serão apresentadas as letras das músicas cujo lançamento supostamente teria causado danos morais às mulheres.

Em segundo, serão esclarecidos: o objeto da demanda e as partes envolvidas, bem como os principais argumentos da petição inicial e da contestação.

Em terceiro, serão explicitados os fundamentos que embasaram a decisão do primeiro grau, que julgou a demanda parcialmente procedente.

Por fim e em quarto lugar, serão expostos os critérios que sustentaram o julgamento do segundo grau, que, por dois votos a um, julgou improcedente ambos os pedidos. Tal decisão, como se verá, levou a oposição dos embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100, que, por conseguinte, resultaram na decisão que se pretende analisar no presente trabalho.

Importante mencionar que nesta parte do trabalho (primeiro e segundo capítulos), que se restringe a narrar os fatos ocorridos no processo e os fundamentos que embasaram as decisões, será frequente o uso de remissões aos trechos dos quais foram tiradas as conclusões, a fim de demonstrar, de forma literal, a partir de quais trechos chegou-se à leitura feita.

### 2.1 MÚSICAS ATACADAS: *TAPA NA CARA E TAPINHA NÃO DÓI*

Como mencionado, antes de expor brevemente o caso, é necessário que se tenha conhecimento das letras das músicas cujo conteúdo está sendo questionado. **Em negrito**, estão destacados os trechos que supostamente teriam causado danos morais às mulheres.

a) *Tapa na Cara*, do grupo *Pagodart*, lançada pela Gravadora *Sony Music*, no *compact disc* intitulado *Pagod'art* (fls. 162-163 dos autos principais):

"Se ela me pedir...o que vou fazer...

**Meu deus me ajude em mulher não vou bater**

**Mas ela me pede todo dia toda hora quando a gente faz amor**

**Pedi o quê?**

Se ela me pedir...o que vou fazer...

Meu deus me ajude em mulher não vou bater

**Mas ela me pede todo dia toda hora quando a gente**

**faaaaaazamooooor**

**Tá tá tapa na cara, tapa na cara**

**Tapa na cara, tapa na cara**

**Tapa na cara mamãe, tapa na cara**

**Na cara mamãe**

**Se você quiser, aí eu vou te dar**

Vem com Pagode Art, venha requebrar

Joga a mão pra cima e bate na palma da mão

Quero ver é balançaaaaaaaaaar

E dig dig ai ai ai ai ai ai

E dig dig ai ai ai ai ai ai

E dig dig ai ai ai ai ai ai

E dig dig ai ai ai ai ai ai

E vem vem vem vem vem eu vou te dar ma ma ma mãe

Eu vou te dar ma ma ma mãe

Eu vou te dar, te dar te dar

E vem vem vem vem vem eu vou te dar ma ma ma mãe

Eu vou te dar ma ma ma mãe

Eu vou te dar, te dar te dar

Tá tá tapa na cara, tapa na cara

Tapa na cara, tapa na cara

Tapa na cara mamãe, tapa na cara

Na cara mamãe".

b) *Tapinha não dói*, do grupo *Bonde do Tigrão*, lançada por Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda. (fl. 5 dos autos principais):

"Vai glamurosa

Cruze os braços no ombrinho

Lança ele pra 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"**

Apresentadas as composições musicais que são objeto do processo, bem como os trechos que desencadearam o ajuizamento da demanda, passa-se a breve exposição do litígio.

## 2.2 SÍNTESE DO LITÍGIO: INICIAL E CONTESTAÇÃO

Em 2003, o Ministério Público Federal (MPF) e a Assessoria Jurídica de Estudos de Gênero, Organização Não-Governamental (THEMIS) ajuizaram a ação civil pública nº 2003.71.00.001233-0 objetivando a condenação das gravadoras Sony Music e Furacão 2000

ao pagamento de indenização pelos danos morais causados às mulheres pelo lançamento das músicas *Tapa na Cara* e *Tapinha não dói*<sup>6</sup>.

Na petição inicial, os autores alegaram que as gravadoras devem ser responsabilizadas civilmente pela divulgação das referidas músicas pelo fato de que suas letras são discriminatórias, ofendem a dignidade da mulher e legitimam a violência de gênero. Ressaltaram que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e que, no caso em específico, esbarra no princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, arguiram que é dever do Estado erradicar condutas que inferiorizam a mulher e a colocam em posição de subordinação.

Em contestação, as gravadoras acusadas afirmaram que as mencionadas músicas não incitam a violência contra a mulher, tampouco agredem sua dignidade, não havendo qualquer dano moral coletivo a ser indenizado. Além disso, sustentaram que as canções apenas representam manifestações culturais das classes menos favorecidas da sociedade e que suas divulgações estão garantidas pelo direito à liberdade de expressão e pelo direito à liberdade artística, ambos previstos na atual Constituição Federal.

Ao julgar o caso, o Juiz do primeiro grau julgou procedente o pedido relativo à música *Tapinha não dói* e improcedente o pedido referente à melodia *Tapa na cara*. A motivação da decisão, bem como seus principais fundamentos, estão discriminados no próximo tópico.

### 2.3 DECISÃO DO PRIMEIRO GRAU: PARCIAL PROCEDÊNCIA

Como dito no tópico anterior, o Juiz do primeiro grau competente para a apreciação do caso (Juiz Federal Adriano Vitalino dos Santos) julgou procedente o pedido concernente à canção intitulada *Tapinha não dói* e improcedente o pedido relativo à música *Tapa na cara*.

Em relação a esta última, concluiu que não há dano moral a ser indenizado, uma vez que a canção não é discriminatória e não incita a violência, mas apenas retrata o masoquismo como forma de prazer feminino. Destacou, neste viés, que a música tão somente retrata um encontro íntimo entre duas pessoas. Vejamos:

---

<sup>6</sup> Ressalva-se que a ação foi igualmente ajuizada contra a União a fim de que promovesse a inclusão de cláusulas específicas nos contratos de concessão de exploração dos meios de comunicação, bem como elaborasse diretrizes para a erradicação da violência contra a mulher. No entanto, este ponto não será analisado no presente trabalho, uma vez que a União foi declarada ilegítima para figurar no polo passivo e pelo fato de que o objetivo da pesquisa consiste em analisar o mérito principal da ação, isto é, o conteúdo (ilícito, ou não) das letras das músicas em análise.

Ora, **a letra** musical questionada **apenas relata um encontro amoroso entre um homem e uma mulher, que implora ao parceiro para que lhe dê tapas durante o ato sexual**. O compositor, por meio da obra musical, apenas relatou a existência de formas variadas de prazer, cuja realidade, ainda que de gosto questionável, não deve ser ignorada pelo Direito. **De forma alguma, portanto, a música discrimina e/ou incentiva a violência** contra a mulher, **limitando-se a demonstrar** artisticamente **a existência do masoquismo como manifestação do prazer feminino**. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Segundo o Magistrado, a letra da referida canção meramente expõe a existência de formas variadas de prazer, as quais, ainda que questionáveis, não podem ser censuradas pelo Estado. Conforme pondera, é apenas uma questão de respeitar as diferenças e a intimidade de cada pessoa por optar pela forma amorosa que preferir. O julgador conclui que, nessa esfera de intimidade, não cabe nem ao ente estatal, nem aos particulares, interferirem. Veja-se:

Não se trata, portanto, de incentivar a violência, **mas apenas de respeitar as diferenças e a intimidade de cada ser que**, a partir de seu próprio juízo de valor, **pode optar pela forma de amor que melhor lhe aprouver**. **Nessa esfera da intimidade, é vedada a quem quer que seja, Estado ou particular, a intromissão sem consentimento**. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Já em relação a segunda canção (*Tapinha não dói*), o Magistrado entendeu que, por não haver um pedido expresso da mulher para que o homem a agredisse e o *tapa* advir de uma decisão unilateral, estaria sim configurado o dano moral passível de indenização. Vejamos os termos utilizados pelo Julgador, em sua literalidade:

**Nessa música, de forma distinta da** letra **anteriormente** analisada, inexistente o exercício de liberdade de escolha por parte da mulher, pois **não há o consentimento da figura feminina**. O interlocutor, homem ou mulher, não se sabe, afirma categoricamente que vai dar "um tapinha", porque "um tapinha não dói". **Não há o pedido da mulher em relação a uma postura agressiva de seu companheiro ou companheira, de modo que a agressão resulta de decisão unilateral**. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em prosseguimento, o Magistrado destacou que o ato de dar um *tapa* em alguém, ao contrário do que dispõe a canção, não é inofensivo, uma vez que causa dor física e psicológica à vítima. Nesse sentido, ressaltou que a atitude constitui injúria real e, inclusive, é tipificada como ilícito penal no ordenamento brasileiro. Vejamos:

**O "tapa"**, ao contrário do afirmado na canção, evidentemente **causa dor física** na vítima, **além do abalo psíquico** decorrente da humilhação que o gesto em si constitui.

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. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Dessa forma, segundo o Magistrado, ao dar conotação de normalidade para um ilícito penal, a letra da música *Tapinha não dói* estaria banalizando a violência e ultrapassando os limites da liberdade artística. Conforme afirma, a própria utilização do termo no diminutivo (*tapinha* em vez de *tapa*) constituiria em meio tendente a tornar banal o ato de desferir tapas em outra pessoa. Colhe-se da íntegra:

**Assim** sendo, a letra da música, **ao dar conotação de normalidade no ato que desfere "um tapinha"**, flagrantemente **banaliza a violência, não podendo ser considerada** exercício regular da **liberdade de expressão artística**. A própria utilização **do termo na forma diminutiva constitui meio tendente a tornar corriqueiro o ato de aplicar "tapa"**, reforçando a idéia de que seria um comportamento normal. ( TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Assim, com base nesses fundamentos, o Magistrado do primeiro grau decidiu que, diferente da canção anterior, no caso da música *Tapinha não dói* a condenação ao pagamento de indenização é medida que se impõe. Isto porque caberia à gravadora, antes de divulgar o produto, analisar se o conteúdo excedia os limites da manifestação artística, entendidos como o fim social e os valores éticos da pessoa e da família. Leia-se, abaixo:

Desse modo, **a condenação** à indenização pelo dano moral coletivo é medida que **se impõe**, uma vez que **a Furação 2000** Produções Artísticas Ltda., **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. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Assim e como já antecipado, o Juiz do primeiro grau julgou improcedente o pedido formulado contra a gravadora *Sony Music* e procedente o pedido dirigido contra a empresa

*Furacão 2000*, condenando esta última ao pagamento de R\$ 500.000,00 pelos danos morais que a divulgação da música *Tapinha não dói* teria causado às mulheres.

Contra esta decisão, tanto os autores, quanto as rés, interpuseram apelação. Ao apreciar ambos os recursos, os Desembargadores responsáveis pela análise do caso, sob a relatoria do Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, mantiveram a improcedência do pedido contra a gravadora *Sony Music* e deram provimento ao recurso da ré *Furacão 2000*, **por maioria, para que a demanda formulada contra esta gravadora também fosse julgada improcedente.**

O resumo da decisão do segundo grau e seus principais fundamentos seguem detalhados no próximo item.

#### 2.4 DECISÃO DO SEGUNDO GRAU: IMPROCEDÊNCIA

Como visto no tópico anterior, os Desembargadores que analisaram os recursos de apelação interpostos pelas partes decidiram que nenhuma das gravadoras deveria ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais às mulheres.

Tal julgamento foi baseado nas seguintes premissas: a) não há provas de que as músicas incitam a violência, b) os princípios não podem ser analisados em abstrato, c) a análise deve abranger o contexto social no qual as músicas estão inseridas, d) é livre a manifestação artística e o exercício de atividade econômica lícita e, por fim e) a liberdade de expressão contribui para a democracia e para o conhecimento. Cada um destes fundamentos será abordado nas próximas linhas.

Inicialmente, os Julgadores entenderam que, no caso em concreto, as gravadoras não devem ser condenadas ao pagamento de indenização pelo fato de que não há qualquer prova ou indício nos autos (seja pericial, antropológica, sociológica ou política) de que as referidas canções incitariam ou estimulariam a violência contra as mulheres. Nesse sentido, colhe-se da ementa da decisão:

Nessa perspectiva, muito embora seja inquestionável a reprovabilidade de qualquer manifestação artística que venha a incitar ou estimular a violência contra a mulher, a questão é que, aparentemente, **não há nas letras** das músicas indicadas na ação - "Tapinha" e "Tapa na Cara" - **elementos que indiquem possuírem elas tal potencial.** Ademais, **não foi produzida no curso do processo prova pericial antropológica, sociológica, psicológica ou política que demonstre que** efetivamente **as mencionadas letras** incitem à agressão contra a mulher ou **contribuam para violência no âmbito doméstico** ou familiar. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-

21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Ademais, conforme já antecipado, os Julgadores destacaram que a apreciação do caso não deve restringir-se à análise de princípios constitucionais em abstrato. Assim, não bastaria verificar genericamente qual princípio deve prevalecer sobre o outro, mas sim analisar o caso em concreto, isto é, averiguar se as letras das músicas efetivamente estimulam, ou não, a violência. Sobre o tema, extrai-se da ementa:

**A atividade 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 são enaltecidos, **sem atentar para a particularidade do fato** (a manifestação cultural em concreto) a ser atingido pela censura estatal. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Ainda conforme os referidos Magistrados, não é possível analisar uma manifestação cultural sem considerar o meio em que está inserida, isto é, de onde emergiu. Nesse viés, destacam que é preciso levar em conta que os gêneros musicais das canções (*funk* e *pagode*) constituem expressões culturais que se originaram e perpetuam-se no cotidiano das classes mais carentes da sociedade. Vejamos:

**A manifestação cultural não pode ser analisada de forma descontextualizada, desvinculada do contexto social e cultural de onde emergiu.** É de se considerar que as músicas e letras das músicas de **funk e de pagode**, embora possam desagradar gostos mais refinados afetos à música erudita ou à música popular brasileira, **são manifestações culturais que se originam e se enraízam no cotidiano das camadas sociais mais marginalizadas.** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Além disso, conforme enfatizam os Togados, é preciso também considerar que os gêneros *funk* e *pagode* são frutos de uma forma de ver e de se relacionar com o mundo, isto é, são expressões de mundos brasileiros. Ou, em outras palavras: são retratos do nosso país e da vida de muitos brasileiros. Nesse sentido, colhe-se da íntegra da ementa:

Funk e pagode **são frutos de** uma determinada sociedade, de uma forma de vida, **de uma maneira de ver e de se relacionar com o mundo.** Enfim, são **formas de expressão de mundos brasileiros**, falando do Brasil de muitos brasileiros. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS,

Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Ainda conforme os Julgadores, deve ser levado em conta o direito à livre expressão artística e o direito ao exercício de atividade econômica lícita, ambos assegurados pela Constituição Federal. Segundo proferem: qualquer artista, cidadão ou empresário não pode ser proibido de expressar o que pensa ou sente, pois goza do direito de se expressar livremente. Vejamos:

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**. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Os Desembargadores destacam, ademais, o papel e a importância da liberdade de expressão enquanto instrumento para se alcançar uma sociedade mais digna e justa. Isto porque, tal qual afirmam, é a liberdade de expressão que permite ao ser humano mostrar-se ao mundo, ensinar e aprender com os outros. Veja-se as palavras utilizadas em sua literalidade:

**A liberdade de expressão**, em todas suas formas inclusive de manifestação **de pensamento**, de produção **cultural**, de produção **artística**, **é ao mesmo tempo um meio e um fim**. **É meio porque** seu exercício **permite** que as pessoas possam **melhorar governos e corrigir** a gestão pública das **questões importantes da sociedade**. **Mas** essa liberdade de se expressar **também é fim a que toda sociedade que se quer justa e digna deve aspirar** alcançar, **justamente porque é a liberdade de expressão que permite ao ser humano**, homens e mulheres, encontrar seu lugar no mundo, **mostrar-se ao mundo**, **ensinar e aprender com os outros**. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Além do mais, consoante os Julgadores, é preciso lembrar que a prática da tolerância é essencial para a consolidação da democracia e para o desenvolvimento do conhecimento. Uma vez que, conforme prelecionam, é somente através da discussão e do compartilhamento de problemas que se pode alcançar soluções melhores e mais eficientes. Vejamos, na íntegra:

A liberdade de cada um se expressar não é absoluta, devendo ser igualmente distribuída entre todos os indivíduos. **Porque todos têm o mesmo direito de se expressarem, todos acabam também tendo o dever de tolerar que os**

**outros se expressem**, e isso **é um dos mais importantes atributos** do exercício de direitos e liberdades **numa sociedade democrática**. O espaço público é valioso para que as ideias circulem. **É importante que os assuntos sejam debatidos. É necessário que problemas sejam partilhados para que as soluções sejam encontradas de forma cooperativa e solidária**, uns ajudando os outros, uns ouvindo aos outros, todos participando. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Assim, os Desembargadores concluíram que as músicas em discussão não podem ser censuradas, já que não há qualquer prova de que causem algum perigo à sociedade ou de que tenham ultrapassado os limites da liberdade artística:

Nessa perspectiva, **as músicas "Tapinha" e "Tapa na Cara" somente poderiam ser censuradas** e proibidas **se causassem perigo para os outros ou configurassem abuso das liberdades** de expressão **artística** e de atividade econômica dos artistas e empresários responsáveis pelas músicas. (...)

**Portanto**, se as músicas ora controvertidas são fruto da liberdade de expressão artística, de produção cultural e de exploração de atividade econômica pelos réus; **se as músicas não são em si ofensivas ou agressivas; se não há demonstração conclusiva de que esteja configurado abuso** no exercício daquelas liberdades dos empresários e dos artistas, **não há fundamento para proibi-las, não parece possam causar ou ter causado danos morais difusos às mulheres**. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Ocorre que, contra esta decisão (que não foi unânime: foram dois votos contra um), os autores opuseram embargos infringentes, recurso que, à época, ainda tinha previsão no ordenamento brasileiro.

Ao julgá-los, a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, **por voto de desempate, dar provimento integral ao recurso para o fim de condenar ambas as gravadoras** ao pagamento de indenização por danos morais difusos às mulheres, no valor de R\$ 500.000,00.

Tal decisão, cuja análise é o **objeto principal deste trabalho**, foi ementada nos seguintes termos (em negrito, destaque para os principais fundamentos):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER À DIGNIDADE, À HONRA E À IMAGEM. LETRA DA MÚSICA "TAPINHA". LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA. LIMITES. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. DANO MORAL DIFUSO. RESPONSABILIDADE.

1. Não cabe ao Judiciário decidir o que é e o que não é cultura, nem tampouco exercer controle de conteúdo ou qualidade de músicas criadas e reproduzidas no nosso meio cultural, mas, sim, aferir se há ou não abuso no exercício da liberdade de expressão artística, em face de outros direitos igualmente fundamentais.
2. Da mesma forma, não há direitos fundamentais absolutos, ou mesmo autorização para o cometimento de abuso no exercício de liberdades constitucionais ou apologia a comportamentos ilícitos em manifestações populares.
3. 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. **Inviável utilizar-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.**
4. **Se até mesmo uma lei especial** (Lei Maria da Penha) e investimentos de conscientização **se fazem necessários, porque persiste enraizada na sociedade brasileira** inconcebível **violência contra a mulher**, nessa perspectiva, músicas e **letras como "Tapa na Cara" e "Tapinha" não se classificam como** simples sons de gosto popular ou **"narrativas de relações privadas íntimas" ou "manifestação artística"** de prazer feminino masoquista, **mas,** ao revés, abominável **incitação à violência de gênero** ou aval a tais criminosas e nefastas condutas, **ao transmitir a** jovens e público em geral a **noção errônea de que** a regra é a **mulher gostar de sofrer.**
5. Assim como deve ser respeitada a diversidade cultural e permitida a livre difusão de ideais e expressões artísticas, também **deve ser combatida qualquer forma de violência** concreta ou **simbólica** (humilhação), **que é - se não estimulada - pelo menos retratada em canções.** Deve-se, portanto, atentar para as ilegalidades que porventura permeiam as músicas, sem criticá-las pela mera crítica, de gosto pessoal. **É preciso perceber que, por repetições,** rimas e outras técnicas **musicais, incutem-se** em crianças, adolescentes, jovens e adultos **estereótipos de gênero negativos, que reproduzem e perpetuam as relações culturais/sociais assimétricas** que se busca em vão eliminar.
6. Em uma sociedade igualitária ideal, as letras poderiam ser interpretadas como o livre exercício de preferências pessoais, de pedir ou não ao companheiro um "tapa na cara", ou de concordar que "um tapinha não dói". Entretanto, **em uma sociedade em que as relações entre os gêneros são assimétricas, a mensagem das canções é a de que a mulher é inferior e subjugada ao homem (e gosta disso),** que esse é o lugar (relacionada ao gênero) que ocupa no âmbito coletivo (*inferioridade*), reafirmando a cultura vigente de dominação masculina.
7. **O Estado não se pode furtar de contribuir para a eliminação de todo e qualquer tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.**
8. É possível o reconhecimento da ocorrência de dano *in re ipsa* e a condenação ao pagamento de indenização por danos à coletividade em sede de ação civil pública.
9. **É desnecessária a produção de provas para comprovar que a música é discriminatória.** Não é caso de se esmiuçar fatos. **O dano moral é,** no caso, **presumido. Não importa se a menina se sente ou não ofendida, mas a mensagem que é veiculada** na sociedade, e, no caso, esta mensagem é nefasta. O dano é difuso. O psicólogo Steven Pinker, da Universidade Harvard, compara a música a uma "guloseima auditiva", feita para "pinicar" áreas cerebrais envolvidas em funções importantes (*Como a mente funciona*. Companhia das Letras, 1998). **Sabemos que as músicas "entram na cabeça" e os refrões são lembrados com mais facilidade do que qualquer texto.** Não é por outro motivo que as religiões, ao longo dos séculos, utilizaram músicas para catequizar. A música já foi usada para toldar a realidade, em campos de concentração, para estimular o aprendizado em letras, contendo o alfabeto, ou por exércitos em canções patrióticas que dão ânimo aos lutadores. Não há necessidade de demonstrar o poder que a música tem. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-

21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Conforme é possível inferir da leitura da ementa, os fundamentos decisivos para a condenação das gravadoras foram que as referidas músicas: incitam a violência, retratam a mulher em posição de inferioridade em uma sociedade assimétrica e não possuem qualquer critério de utilidade social. Tudo isso agravado pelo fato de as músicas constituírem grandes veículos de disseminação de ideias e concepções de mundo.

Dito isso, o objetivo do próximo capítulo consiste em, a partir da leitura integral da referida decisão, definir e organizar de forma sistemática as premissas que sustentaram as motivações acima elencadas.

### 3 FUNDAMENTOS DA DECISÃO EM ANÁLISE

Como visto, o objetivo deste capítulo consiste em identificar e explicitar as premissas nas quais está calcada a decisão proferida pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, ao acolher os embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100, condenou às gravadoras *Sony Music* e *Furacão 2000* ao pagamento de indenização pelos danos morais causados pela divulgação das músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói*.

A fim de facilitar a compreensão, os fundamentos foram separados por tópicos, quais sejam: 1) o ato ilícito das gravadoras consistiu na divulgação de conteúdo que: a) incita a violência, b) retrata a mulher como ser inferior e c) não tem utilidade social, 2) a proteção da mulher contra a violência deve prevalecer sobre a liberdade de expressão e 3) é dever do estado erradicar qualquer forma de violência ou de discriminação.

Note-se que, para tornar a leitura mais clara e evitar a poluição visual, não destacou-se a quem coube cada um dos fundamentos, mormente porque o objetivo da presente pesquisa não é evidenciar o posicionamento individual dos Julgadores, mas sim apreender as premissas gerais que basearam a decisão.

Dada esta breve explicação, segue, abaixo, a análise de cada um dos fundamentos que embasaram o referido julgamento com a respectiva menção aos trechos dos quais foram extraídos.

#### 3.1 ATO ILÍCITO: DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO INAPROPRIADO

De forma geral, foi possível extrair dos votos dos Desembargadores favoráveis à condenação que o ato ilícito cometido pelas gravadoras foi o de veicular e divulgar conteúdo considerado inapropriado.

Sobre o tema e a título de ilustração, colhe-se da íntegra de um dos votos:

Para cumprir os preceitos legais e constitucionais cabe ao Poder Judiciário, como Estado, assumir sua parte na concretização dos ideais de prevenção à violência de gênero. Para tanto **cabível a responsabilização de quem divulga músicas que promovem a violência contra a mulher**. Entendo que as músicas em questão têm o poder de banalizar a violência. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

De acordo com os Magistrados, ainda que a composição da música tenha sido feita por pessoas físicas, as gravadoras devem ser responsabilizadas pelo fato de terem permitido sua divulgação no país. Por esta lógica, afirmam que seria dever das empresas, antes de veicular ou divulgar qualquer produto musical, inferir se o conteúdo retratado é aceitável ou não para ser posto no mercado. Veja-se:

**Não obstante a autoria das músicas seja de pessoas físicas, foram produtores quês lhes deram formato comercial e gravadoras que permitiram sua sonorização e divulgação nacional.** Assim, **inegável a responsabilidade solidária de TODOS que direta ou indiretamente contribuíram para a produção e divulgação das músicas** e CD, a saber: a produtora "Furacão 2000" e a gravadora " Sony Music", **pois, nenhuma delas teve o discernimento coletivo-social de verificar a adequação do conteúdo aos valores maiores da sociedade** brasileira antes da divulgação massiva midiática. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Afirmam ainda que não há que se falar em despreparo ou em falta de conhecimento para seleção do conteúdo apto a ser divulgado, uma vez que se está a falar de uma das maiores gravadoras do mundo (Sony), que, presume-se, têm profissionais competentes para fazê-lo. Ressaltam, além disso, que as empresas acusadas não devem ser guiadas apenas pelo viés econômico e comercial. Vejamos:

**E não há falar em despreparo ou desconhecimento, dado que se trata de uma das maiores gravadoras mundiais ("Sony"), que possui profissionais aptos a selecionar o que é aceitável ou não como produto a ser posto no mercado,** sem limitar-se a mero viés comercial/econômico. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Ademais, segundo os Julgadores, a liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta e, por assim ser, deve passar por um filtro que verifique se seus limites foram, ou não, excedidos. Conforme prelecionam: primeiro deve ser assegurado a livre expressão e, após, deve ser cobrado dos titulares eventuais excessos que tenham cometido. Veja-se:

(...), **primeiramente, assegura-se** o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz **a "livre" e "plena" manifestação do pensamento,** da criação e da informação. **Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios,** ainda que também densificadores da personalidade humana (STF, Pleno, ADPF n.º 130/DF – grifei). (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal

MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Assim e do exposto, é possível concluir que na visão dos Desembargadores favoráveis à condenação, o ilícito cometido pelas gravadoras foi o ato de ter tornado visível nacionalmente (por meio da sonorização e divulgação) músicas que transmitem conteúdo inapropriado para a sociedade.

Nesse caso, a pergunta que se faz é: “Por que o conteúdo das referidas canções seria inapropriado?”. Em resposta e como já antecipado, é possível extrair da leitura dos votos três justificativas principais: as músicas a) incitam a violência, b) retratam a mulher em posição de inferioridade e c) não têm utilidade social.

Dito isso, passa-se a análise de cada uma destas justificativas.

### 3.1.1 Incitação à violência

Aparentemente e em um primeiro momento, pode-se dizer que o problema inserto nas canções seria o fato de que estas incitam a violência.

Conforme afirmam os Julgadores, haveria incitação à violência pelo fato de que as referidas letras levam crianças e jovens a acharem que “não é tão errado bater” e que tal comportamento justifica-se em razão de as “mulheres gostarem de sofrer”. Veja-se o trecho de um dos votos de onde é possível inferir este entendimento:

Não vislumbro **nas músicas Tapa na Cara e Tapinha** apenas sons de gosto popular ou duvidoso, narrativas de relações privadas íntimas ou manifestações artísticas sobre o prazer masoquista. No caso, **há incitação à violência de gênero** ou aval a tal conduta, **porque incute nas crianças e adolescentes a idéia de que não é "tão errado" bater, pois** o comportamento estaria **justificado pelo fato de que mulher "gosta de sofrer"**, traduzindo uma visão preconceituosa da imagem da mulher e de seu papel social. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

O mesmo entendimento aparece quando, em outro ponto de um dos votos vencedores, afirma-se que a incitação decorre do fato de que as referidas músicas transmitem a ideia de que “a regra é a mulher que gosta de sofrer”. Desse modo e por esta interpretação, as canções representariam abominável incitação à violência ou aval a tal conduta. Veja-se, abaixo:

(...) nessa perspectiva, **músicas e letras como "Tapa na Cara" e "Tapinha"** não **se mostram** simples sons de gosto (?) popular ou "narrativas de relações privadas íntimas" ou "manifestação artística" de prazer feminino masoquista, mas **abominável incitação à violência de gênero ou aval a tais criminosas e nefastas condutas, ao transmitir** a jovens e público em geral **a noção** errônea **de que a regra é a mulher gostar de sofrer**. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Tal posicionamento igualmente pode ser extraído do excerto abaixo (retirado de um dos votos), no qual afirma-se mais uma vez que as referidas composições são incitatórias por passarem a mensagem de que não é “tão errado” praticar atos de violência em razão destes constituírem formas de prazer aceitas pela vítima. Leia-se:

Não somente isso, **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**. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

De todo o exposto e em conclusão, resta claro que, para os Julgadores favoráveis à condenação, o conteúdo das canções em discussão é inapropriado (e sua divulgação reprimível) pelo fato de que, ao passarem a noção de que atos de violência não são “tão errados” e se justificam pelo “aceite da vítima”, incitam a violência.

Mas não é só, segundo os Magistrados defensores da procedência das demandas, o problema das referidas composições está também no fato de que colocam a mulher em posição de inferioridade em relação ao gênero masculino. Tal fundamento será demonstrado e apresentado de forma pormenorizada no próximo tópico.

### **3.1.2 Mulher inferiorizada**

Conforme mencionado, da íntegra dos votos adeptos da condenação, extrai-se que as letras em discussão seriam inapropriadas não apenas porque incitam a violência, mas também porque retratam a mulher em posição de inferioridade em relação ao homem.

Tal entendimento é facilmente extraído do trecho abaixo colacionado, em que afirma-se que a mensagem transmitida pelas canções é de que a mulher é inferior ao homem e, inclusive,

gosta disso. A mensagem seria inapropriada, segundo o Julgador, por reafirmar a dominação masculina. Vejamos:

Entretanto, em uma sociedade machista em que as relações entre os gêneros são assimétricas, **a mensagem das canções é a de que a mulher é inferior e subjugada ao homem (e gosta disso)**, que esse é o lugar (relacionada ao gênero) que ocupa no âmbito coletivo (inferioridade), **reafirmando a cultura vigente de dominação masculina**. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em corroboração e em outro ponto do Julgado, extrai-se que as referidas composições seriam inapropriadas porque difundem de maneira sutil e até mesmo divertida um estereótipo sexista que humilha e inferioriza o gênero feminino. De acordo com o excerto (abaixo colacionado), tal veiculação reforçaria a ideia de que a mulher, por natureza e condição, é receptáculo da violência masculina. Veja-se:

Contudo, **difundir** - de maneira sutil e "divertida" (uso pedagógico) - **um estereótipo sexista que humilha ou inferioriza um grupo** (gênero), **reforçando a figura feminina como receptáculo, por natureza (e condição), da violência masculina** - violência, repita-se, relacionada ao gênero -, **perpetua** e legitima o padrão de **subordinação e o desvalor**. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Ademais, infere-se de outro voto em defesa da condenação, que as referidas músicas devem ser eliminadas em razão de terem por premissa a inferioridade do gênero feminino e por afirmarem estereótipos que legitimam a violência contra a mulher, *ipsis litteris*:

O Estado não pode furtar-se de contribuir para a eliminação de todo e qualquer tipo de **práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros** ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher **que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher** [inclusive aquela, sutil e persistente, que domina o ambiente doméstico, em que variadas e múltiplas emoções coexistem, dificultando a percepção e defesa do mais vulnerável]. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Dessa forma e por todo o visto, resta claro que no entendimento dos Julgadores apoiadores da condenação o conteúdo das canções é inapropriado não apenas porque incita a

violência, mas também porque retrata a mulher em posição de inferioridade, o que, conforme demonstrado, assentaria as discriminações em razão do gênero.

Os fundamentos da decisão, no entanto, não param por aí. Conforme é possível depreender da simples leitura da ementa, a condenação se deve ao fato, também, de que tais melodias não possuem qualquer critério de utilidade social. Tal argumento está disposto e melhor explicitado no próximo tópico.

### 3.1.3 Ausência de utilidade social

Como dito no item anterior, outro critério que fica subentendido na leitura do acórdão e que (em tese) teria justificado a condenação, seria o fato de que as canções em discussão não preenchem qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva ou atendimento ao bem-estar geral. Veja-se, abaixo, o trecho no qual é possível extrair tal entendimento:

**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.** (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Além disso, em outro ponto dos votos favoráveis à condenação, verifica-se que o problema da veiculação das canções estaria nos efeitos que estas provocariam na sociedade brasileira, especialmente no contexto social em vivemos, de assimetria no tratamento entre os gêneros. *In verbis*:

Vale dizer, ainda que não esteja claramente explícito que a música "E por que não?" retrata um caso de pedofilia e incesto, e "Tapa na cara" e "Tapinha não dói" incentivam e/ou banalizam a violência contra a mulher, **deve-se atentar para os efeitos que essas composições provocam na sociedade brasileira, no contexto cultural em que se inserem, do qual são fruto e que elas próprias constroem.** (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Assim, pode-se concluir que um dos fundamentos que igualmente determina a condenação consiste no fato de que as referidas canções não possuem qualquer critério de utilidade social, agravado pelo fato de que vivemos em uma sociedade que não trata ambos os gêneros de forma igualitária.

Até o momento, portanto, viu-se que o ato ilícito cometido pelas gravadoras foi o de divulgar músicas que incitam a violência, retratam a mulher em posição de inferioridade e que não possuem qualquer utilidade para a sociedade.

Dito isso, resta saber, a fim de verificar a presença dos requisitos inerentes à responsabilidade civil, qual o dano que teria sido causado às mulheres, ponto abordado no próximo item.

### 3.2 DANO: PRESUMIDO EM RAZÃO DO CONTEÚDO

No que se refere ao dano, conclui-se, a partir da leitura dos votos adeptos da condenação, que este seria presumido em razão do conteúdo das músicas.

Conforme se verifica do trecho abaixo colacionado, não importaria, assim, se a mulher se sente ou não ofendida com o conteúdo das canções, mas sim a mensagem veiculada. Nesse sentido, não haveria qualquer necessidade de provas ou de exame detalhado para comprovar que a música é discriminatória. Veja-se:

Apenas divirjo quanto à conclusão. **Não vejo necessidade de exame detalhado e de produção de provas para comprovar que a música é discriminatória.** Não é caso de se esmiuçar fatos. **O dano moral é, no caso, presumido. Não importa se a menina se sente, ou não ofendida, mas a mensagem que é veiculada na sociedade e, no caso, esta mensagem é nefasta.** O dano é difuso. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em corroboração e da leitura de outro voto vencedor, infere-se que o dano moral estaria configurado em razão da difusão de um estereótipo que reforça a imagem da mulher como receptáculo da violência masculina. A própria mensagem transmitida, neste viés, seria suficiente para a caracterização do dano, *in verbis*:

**A difusão de um estereótipo que reforça a imagem da mulher** como receptáculo natural da violência masculina, disseminando, perpetuando e legitimando o padrão **de subordinação e desvalor** que caracteriza as relações assimétricas entre os gêneros (masculino e feminino), **configura, por si só,** um **dano moral** difuso indenizável. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Ademais, de acordo com um dos Desembargadores (ao citar um dos Julgados do Supremo Tribunal Federal), o dano moral seria presumido em razão da violação de um direito transindividual de ordem coletiva:

**O dano moral coletivo é a** lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a **violação de direito transindividual de ordem coletiva**, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Desse modo, conforme é possível extrair dos trechos acima colacionados, o suposto dano moral que embasou a condenação das gravadoras estaria configurado pura e simplesmente pela mensagem veiculada nas canções, que violaria direitos transindividuais.

Assim e frente a todo o exposto até aqui, estariam então preenchidos todos os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, quais sejam: ato ilícito (divulgação de músicas com conteúdo ilegal), dano (no caso, presumido em razão do conteúdo veiculado) e nexo de causalidade (divulgação das músicas com conteúdo ilícito).

Importa frisar, no entanto, que este não foi o único fundamento utilizado para a condenação das gravadoras. Outro critério amplamente utilizado (e quiçá com maior peso que os anteriores) foi a chamada ponderação de princípios, analisado com maiores detalhes no item subsequente.

### 3.3 PONDERAÇÃO: PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO À MULHER

Como mencionado, outro fundamento que chama a atenção e que é recorrente em todos os votos vencedores (e que, como dito, parece ser o principal embasamento da decisão) seria o fato de que, entre o direito à liberdade de expressão e o direito de proteção contra a violência, deveria prevalecer este último.

Tal posicionamento parte da premissa de que no caso em concreto tais direitos colidiriam - entendimento este que, sem maiores dificuldades, pode ser extraído do trecho de um dos votos vencedores, abaixo colacionado:

Nesta ação, não se pretende a proibição de criação e/ou reprodução de músicas, em razão de um "pré-juízo" unilateral, preconceituoso, acerca de seu conteúdo, mas, sim, uma solução - judicial - para uma colisão de direitos fundamentais em busca do equilíbrio adequado entre bens jurídicos de valores inestimáveis à coletividade - de um lado, a liberdade de expressão artística e, de outro, a igualdade entre homens e mulheres, com a eliminação de toda e qualquer forma de violência física ou psicológica contra o gênero feminino. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Assim, na colisão entre estes dois direitos e na visão dos Desembargadores cujos votos saíram-se vencedores, deveria prevalecer a proteção da mulher contra a violência. Por este viés e de acordo com o formulado em um dos votos (abaixo), não caracterizaria censura a ponderação de princípios constitucionais com a prevalência de um sobre o outro:

Não caracteriza censura a ponderação de princípios constitucionais com a prevalência da dignidade da pessoa humana a coibir o enraizamento na sociedade brasileira de violência contra a mulher. A mídia é fonte de transmissão de valores à sociedade e não pode transmitir a idéia de que as agressões são inofensivas e, portanto, justificáveis, banalizando a violência contra a mulher. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Note-se que tal entendimento aparece novamente quando um dos Magistrados afirma com segurança que, no caso em concreto e ponderando-se os valores em questão, os direitos humanos de proteção às mulheres devem prevalecer sobre a liberdade artística, *in verbis*:

Ora, mesmo o repúdio geral a 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. Assim, ponderando-se os valores em questão devem prevalecer os direitos humanos de proteção às mulheres. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em conclusão, verifica-se que os eminentes Julgadores partiram da premissa de que, no caso em concreto, dois direitos estavam em colisão e que na ponderação entre ambos deveria prevalecer a proteção da mulher contra a violência.

Ressalva-se que além deste, outro critério que parece ter embasado a decisão (porém de forma assessória) foi o fato de que as músicas representam grandes disseminadores de ideias e concepções. Tal ponto será abordado no próximo tópico.

### 3.4 MÚSICA: DIFUSOR DE IDEIAS E CONCEPÇÕES

Como dito, outro critério que parece ter motivado a condenação é o fato de que as músicas, por terem amplo alcance nacional, representam grandes veículos de difusão de ideias e concepções de mundo. Tal circunstância seria importante, no entender dos Julgadores, por aumentar o alcance do conteúdo veiculado e, por consequência, agravar o ilícito cometido.

Sobre o tema, afirmou-se em um dos votos vencedores: “As músicas, à semelhança da imprensa formadora de opiniões, operam na difusão de ideias e concepções”.

Em outro voto, extrai-se a conclusão de que as músicas têm alto poder de persuasão por “entrarem na cabeça” e serem memorizadas com elevada facilidade. Segundo disposto, não se pode deixar de notar que as músicas já foram utilizadas para catequizar, moldar realidades em campos de concentração e também como estímulo para lutadores de guerra. Vejamos:

**O psicólogo Steven Pinker**, da Universidade Harvard, **compara a música a uma "guloseima auditiva", feita para "pinicar" áreas cerebrais** envolvidas em funções importantes (Como a mente Funciona - Companhia das Letras, 1998). **Sabemos que as músicas "entram na cabeça" e os refrões são lembrados com mais facilidade do que qualquer texto.** Não é por outro motivo que as religiões, ao longo dos séculos, **utilizaram músicas para catequizar**. A música já foi usada para **toldar a realidade, em campos de concentração**, para estimular o aprendizado em letras, contendo o alfabeto, por exemplo **ou** por exércitos em canções patrióticas que dão **ânimo aos lutadores**. Não há necessidade de demonstrar o poder que a música tem. **Não há como quantificar o prejuízo que pode trazer.** (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Outro ponto relevante, segundo é possível inferir da leitura dos votos, seria o impacto que as músicas causariam nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Conforme excerto retirado de um dos votos vencedores (abaixo), crianças e outras pessoas suscetíveis de influência seriam alvos de letras difusoras da violência de gênero. A consequência disto seria a introjeção no inconsciente da ideia de que o gênero feminino é inferior ao masculino, *in verbis*:

Outro **aspecto relevante é o impacto diferenciado das músicas nos segmentos mais vulneráveis da sociedade**, que, **por falta de maturidade**

**(crianças) ou outros fatores** (saúde, educação, renda, envolvimento emocional), **são alvos de letras rimadas, repetidas** (famosos bordões), **que difundem uma violência simbólica contra o gênero**, e não têm condições de compreenderem o real significado das palavras, defenderem-se delas e tecerem um juízo crítico sobre a mensagem transmitida. **Introjetam no inconsciente** - porque o que remanesce na memória é o teor do refrão repetido insistentemente - **a concepção de dominação masculina** como estruturante da percepção e da organização concreta da vida social. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em complementação, consoante se infere do trecho abaixo colacionado, afirma-se que as músicas (porque permeadas de frases ritmadas e sequenciais) teriam o condão de interferir na construção dos valores culturais cultivados pela sociedade, bem como nas percepções e representações de mundo daqueles que as escutam. Veja-se:

**Quando se trata de manifestações culturais com tamanho alcance social, como as músicas populares** - cuja reprodução é infinita, incontrolável e impede, p.ex., o emprego da técnica de classificação de programas de televisão e cinema -, **não se deve somente interpretar o sentido literal** ou a dubiedade de significados de suas letras, **mas também extrair** de seu contexto **a mensagem que**, de fato, **transmitem** aos homens, mulheres e crianças que as ouvirem. Há que se ponderar **mais do que as palavras empregadas** a mentalidade, **o espírito que permeia a sequência ritmada de frases, antevendo o resultado que produz na cultura**, nas percepções e nas representações daqueles que são alcançados por elas. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, Des. Rel. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. Julgado em 15/10/2015, Dje 30/10/2015, retirado da íntegra da decisão) (Grifo nosso)

Em resumo, portanto, e na compreensão dos Julgadores, o fato de a música ser um grande disseminador de ideias e concepções (dado o alcance que tem em razão das frases ritmadas e facilmente lembradas) seria um agravante para a perpetuação da ideia transmitida pelas canções: de que a mulher é inferior ao homem.

Assim, tendo sido elencados os principais critérios utilizados na tomada da decisão, resta verificar, por fim, em quais dispositivos jurídicos o julgamento embasou-se. Tal tópico será abordado a seguir.

### 3.5. FUNDAMENTO JURÍDICO: DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO

Como dito no item anterior, resta averiguar quais os dispositivos jurídicos que embasaram os votos favoráveis à condenação das gravadoras *Sony Music* e *Furacão 2000*.

Da leitura da decisão, depreende-se que os principais artigos que sustentaram a decisão foram extraídos da Constituição Federal de 1988, da chamada “Lei Maria da Penha” (Lei nº 11.340 de 2006) e, ainda, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Decreto n.º 1.973, de 01.08.1996), todos transcritos abaixo.

#### 3.5.1 Constituição Federal

No que toca a Constituição Federal, destaca-se a utilização dos seguintes dispositivos legais:

- Art. 221, inciso IV: que estabelece que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão respeitarão os valores éticos e sociais da pessoa e da família<sup>7</sup>.

- Art. 227, *caput*: que dispõe que é dever do Estado assegurar à criança e ao jovem o direito à dignidade e ao respeito, além protegê-los contra toda forma de discriminação e violência<sup>8</sup>.

- Art. 220, § 3º, inciso II: que dispõe que compete à lei federal estabelecer meios legais que garantam que as pessoas possam se defender de programas de rádio e de televisão que não respeitem os valores éticos da pessoa e da família<sup>9</sup>.

Em linhas gerais, portanto, pode-se dizer que os fundamentos jurídicos extraídos da Carta Maior foram: a) o dever do Estado de proteger os jovens contra atos de discriminação,

---

7 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.

8 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

9 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. (...) § 3º Compete à lei federal: (...) II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

violência ou que atentem contra sua dignidade e respeito e b) a imposição de que os programas de rádio e televisão respeitem os valores sociais.

### **3.5.2 Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006)**

Já na chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), destacou-se os seguintes dispositivos legais:

- Art. 5º, *caput*: que dispõe que configura violência contra a mulher a ação ou omissão baseada no gênero que cause sofrimento psicológico ou dano moral<sup>10</sup>.

- Art. 7º, inciso II: que dispõe que a violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional à mulher ou que lhe diminua a autoestima<sup>11</sup>.

Em resumo e com base nestes dispositivos, entende-se que as letras das músicas deveriam ser banidas por configurarem violência contra a mulher, notadamente, violência psicológica (por lhes causar dano emocional ou diminuir-lhes a autoestima).

### **3.5.3 Convenção Interamericana (Decreto n.º 1.973, de 01.08.1996)**

Por fim, na Convenção Interamericana (para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) destacou-se os seguintes artigos:

- Art. 6º, alínea b: que dispõe que o direito da mulher em ser livre de violência abrange o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados e baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

<sup>11</sup> Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

<sup>12</sup> Artigo 6 - O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e  
b. o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

-Art. 7º, alínea g: que estabelece que os Estados participantes da convenção concordam em adotar políticas para punir e erradicar a violência mencionada no artigo anterior e a empenhar-se em ressarcir as mulheres que tenham sofrido violência<sup>13</sup>.

- Art. 8º, alínea g: que estabelece que os Estados participantes igualmente concordam em adotar medidas para estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes que contribuam para erradicar a violência e realçar o respeito à dignidade da mulher<sup>14</sup>.

Em síntese e com base na Convenção Interamericana, seria dever do Brasil adotar medidas que contribuam para erradicação da violência contra a mulher (o que inclui o direito de ser educada livre de estereótipos de inferioridade) e que reforcem o respeito à sua dignidade, garantindo-lhe a reparação no caso de violação destes preceitos.

### **Resumo dos fundamentos**

Assim e a partir de todo o exposto até aqui, podemos extrair que a decisão que deu provimento aos embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100 está calcada em cinco premissas principais, as músicas: 1ª) incitam a violência, 2ª) retratam a mulher em posição de inferioridade, 3ª) não têm qualquer utilidade social, 4ª) o dano é presumido e 5ª) no caso em concreto: o direito de proteção da mulher deve prevalecer. Como fundamento acessório, identifica-se o fato de a música ser um difusor de ideias e concepções de mundo.

Os fundamentos jurídicos que, por sua vez, justificariam a intervenção do Estado, seriam: o dever do Estado de combater qualquer forma de discriminação ou violência contra a mulher (art. 227, *caput* – Constituição Federal e art. 5º, *caput* e art. 7ª, inciso II – Lei “Maria da Penha”), a necessidade de que os programas de rádio e televisão respeitem os valores sociais da pessoa e da família (art. 221, inciso IV e art. 220, § 3º, inciso II – Constituição Federal) e o

---

<sup>13</sup> Artigo 7 - Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em: (...) g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes;

<sup>14</sup> Artigo 8 - Os Estados Partes concordam em adotar, em forma progressiva, medidas específicas, inclusive programas para: (...) g. estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas suas formas e a realçar o respeito à dignidade da mulher;

dever do Estado em adotar medidas que erradiquem a violência contra a mulher e lhe garantam reparação (art.7ª e 8ª, alínea g – Convenção Interamericana Decreto n.º 1.973, de 01.08.1996).

Dito isso, o objetivo do próximo capítulo consiste em avaliar a razoabilidade de cada uma destas premissas, notadamente as cinco primeiras, que, em tese, sustentam todas as demais.

#### 4 CONFRONTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS

Conforme frisado no encerramento do tópico anterior, o objetivo deste capítulo consiste em analisar (e, em sendo o caso confrontar) cada uma das premissas nas quais se embasou a decisão objeto da presente pesquisa.

Note-se que, com isso, não se pretende ditar qual seria a decisão correta para o caso ou mesmo exaurir o problema. O objetivo é tão somente trazer um novo ponto de vista, bem como destacar aspectos jurídicos, sociológicos e filosóficos que possam contribuir para o debate.

Isso porque, interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias possibilidades possíveis<sup>15</sup>. Consoante Grau (2005): nem mesmo o juiz Hércules [referendado por Dworkin] conseguiria encontrar, para cada caso, a resposta verdadeira, pois “ela simplesmente não existe”. O justo, afirma, comporta sempre mais de uma solução<sup>16</sup>.

Assim, a norma jurídica não deve ser objeto de demonstração, mas sim de justificação. A solução jurídica, neste viés, não se sujeita a critérios de certo ou errado, falso ou verdadeiro, tal qual como ocorre nas ciências naturais, mas sim a conceitos como aceitável ou justificável<sup>17</sup>.

No entanto, mesmo havendo várias interpretações aceitáveis para um mesmo caso, certo que cabe ao Julgador buscar a solução mais adequada possível, já que a interpretação do direito deve ser sempre uma prudência, de onde justamente advém o termo *juris prudentia*<sup>18</sup>.

Até porque, conforme preleciona Robert Alexy: “quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”<sup>19</sup>.

Desse modo, o objetivo do presente capítulo consiste em verificar se os fundamentos que embasaram a decisão mostram-se prudentes e, em caso negativo, por que razões não parecem estar em conformidade com ordenamento jurídico.

Afinal, conforme ensina Sankiewicz (2011), embora a proteção da liberdade de expressão seja uma das muitas maneiras de se atingir elevadas aspirações políticas e morais, tais aspirações também podem ser usadas como justificativas para cercear o discurso<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> GRAU, op cit., p. 35.

<sup>16</sup> GRAU, op. cit., p. 36.

<sup>17</sup> GRAU, op. cit., p. 36.

<sup>18</sup> GRAU, op. cit., p. 35.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 161.

<sup>20</sup> SANKIEWICZ, op. cit., p. 25.

Dito isso, passemos então para o próximo tópico, em que se analisará, primeiramente, o fundamento de que o dever de indenizar justifica-se pelo fato de que as músicas em discussão incitam a violência.

#### 4.1 INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA: PRUDÊNCIA OU EXAGERO?

Como visto no segundo capítulo, um dos entendimentos que embasou a decisão foi o de que as músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói* incitam a violência. O argumento é de que as referidas canções, ao passarem a ideia de que a violência se justifica pelo aceite da vítima, estimulariam atos de agressividade nas pessoas.

Tal fundamento traz em si duas premissas: a primeira consiste na ideia de que o estímulo à agressão não está abarcado pela liberdade de expressão; a segunda, mais evidente, a de que as músicas em discussão incitam a violência. Ambas serão analisadas na sequência.

##### 4.1.1 Liberdade não abarca incitação

No que se refere à primeira premissa, não há maiores controvérsias. De uma maneira geral, os autores que dissertam sobre o assunto concordam que o ato de incitar a violência não se enquadra no direito de liberdade de expressão<sup>21</sup>.

Isso porque a livre manifestação do pensamento não é absoluta e não inclui o livre exercício de condutas tipificadas pelo Código Penal. Ser livre para se expressar não é o mesmo que ser livre para cometer condutas ilícitas<sup>22</sup>.

Até porque não haveria sentido em tipificar determinados atos comunicativos como ilícitos penais se a liberdade de expressão os tornasse incensuráveis. Se assim o fosse, a Lei Penal que os proibisse deveria, então, ser declarada inválida (o que não é o caso da incitação à violência).<sup>23</sup>

Tal entendimento, por sinal, é exposto pelo próprio Stuart Mill, consabido defensor das liberdades individuais e coletivas, que afirma que a única razão que justifica a intervenção

---

<sup>21</sup> FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 247.

<sup>22</sup> FARIAS, op. cit., p. 247.

<sup>23</sup> MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 6.

na liberdade de outra pessoa é a autoproteção. Para o autor, a liberdade vai até o limite em que cause danos a terceiros<sup>24</sup>.

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana, em relatório acerca do assunto, assentaram que os únicos discursos que não estão protegidos pela liberdade de expressão são os que incitam a violência, o ódio (por motivos discriminatórios) ou o genocídio (pública e diretamente), bem como os que propagam a guerra ou a pornografia infantil<sup>25</sup>.

Assim, de uma maneira geral, em relação a esta primeira premissa (de que a incitação à violência não é abarcada pela liberdade de expressão) não há maiores digressões a serem feitas.

Resta analisar, assim, a segunda premissa: a de que as músicas em discussão incitam a violência, o que necessariamente passa pelo conceito do termo (próximo tópico).

#### 4.1.2 Conceito de incitação à violência

A incitação à violência, conforme já adiantado no primeiro capítulo, corresponde a um ilícito penal, tipificado no art. 286 do Código Penal Brasileiro<sup>26</sup>, *in verbis*:

Incitação ao crime  
Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:  
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Primeiramente, cumpre frisar que referido ilícito está localizado no título IX do Código Penal, que tipifica os crimes contra a paz pública. Nesse sentido, o bem tutelado não é propriamente aquele passível de lesão, mas sim a paz pública<sup>27</sup>. A proposta é criminalizar condutas que, se não debeladas, causarão riscos concretos à coletividade<sup>28</sup>.

Além disso, o objetivo da criminalização das condutas constantes no título IX é o de evitar fatos causadores de alarme, intranquilidade e insegurança social, abrangendo situações

<sup>24</sup> SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill e a liberdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, versão Kindle, posição 153.

<sup>25</sup> MARINO, Catalina Botero. **Uma Agenda Continental para a Defesa da Liberdade de Expressão**: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2014, p. 7.

<sup>26</sup>BRASIL. **Código Penal de 1940**. 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: 04/11/2016.

<sup>27</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: Parte Especial (coleção ciências criminais). 3º v. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 327; DE JESUS, Damásio. **Direito Penal**: Parte Especial. 3º v. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 3º v. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 312.

que, embora não atinjam diretamente direitos individuais ou sociais, se constituam em atos preparatórios da prática de crimes<sup>29</sup>.

No caso específico da incitação, a conduta delituosa consiste em induzir, provocar, estimular ou instigar, publicamente, a prática de determinado crime. A incitação deve necessariamente ser feita em público, de modo a ser percebida por um número indefinido de pessoas<sup>30</sup>.

Ainda, conforme definição do dicionário brasileiro da língua portuguesa (Michaelis)<sup>31</sup>, o termo *incitar*, significa:

- 1 **Instigar (pessoa ou animal) a realizar algo; açular, encorajar, estimular, induzir, solicitar, tourear**: Sua ambição o incitava constantemente. “[...] a função da literatura como força geratriz digna de prêmio consiste precisamente em incitar a humanidade a continuar a viver” (AAn).  
vtd e vpr
- 2 Tornar(-se) mais animado ou estimulado; animar(-se), estimular(-se): O amor incitava a sua alegria. Incitou-se com a vitória na corrida.  
vtd
- 3 Provocar determinado sentimento ou reação; **desafiar**: As provocações incitaram-no e ele começou a brigar.  
vtd
- 4 **Despertar ou fazer surgir algo; desafiar**: O café incita a sua insônia.  
Vpr (Grifo nosso)

Note-se, ademais, que o ilícito consiste precisamente na incitação de fato tipificado como crime. Assim, inexistente infração quando a incitação visar à prática de contravenção ou ato apenas considerado imoral<sup>32</sup>.

Ademais, para que reste caracterizada a infração penal, não basta que o agente incite a prática de delitos de forma genérica, é necessário que o fato delituoso incitado seja específico e determinado<sup>33</sup>. Do contrário, a medida seria inócua<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 3º v. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 163.

<sup>30</sup> CUNHA, op. cit., p. 327; CAPEZ, op. cit., p. 312; MIRABETE; FABBRINI, op. cit.; p. 163.

<sup>31</sup> MICHAELIS: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2015

<sup>32</sup> CUNHA, op. cit., p. 327; CAPEZ, op. cit., p. 312; MIRABETE; FABBRINI, op. cit.; p. 164; JESUS, op. cit., p. 434.

<sup>33</sup> CUNHA, op. cit., p. 327; CAPEZ, op. cit., p. 312; MIRABETE; FABBRINI, op. cit.; p. 164; JESUS, op. cit., p. 434.

<sup>34</sup> MIRABETE; FABBRINI, op. cit.; p. 164.

Nesse sentido, seriam exemplos de fatos determinados: “conclamar publicamente titulares de determinado direito a fazer justiça com as próprias mãos”<sup>35</sup> e “estimular moradores de um bairro pobre a realizar sequestros como a melhor forma de enriquecer”<sup>36</sup>.

Além disso, para que o ilícito se configure, é impreterivelmente necessário haver dolo por parte do agente, isto é, vontade consciente de incitar a prática de crime determinado, sabendo que se dirige a um número indeterminado de pessoas<sup>37</sup>. É preciso, assim: a ciência<sup>38</sup>, vontade ou seriedade de incitar a prática de crime determinado<sup>39</sup>.

Acerca do dolo, os autores do livro *Pensar o Direito* ponderam que, quando questionamos se uma pessoa tem ou não consciência de seus atos, o que buscamos saber, na verdade, é se ela tem juízo crítico da sua conduta, qualidade ética e moral da personalidade que resulta da interação com o sistema cultural de que faz parte<sup>40</sup>.

Assim, frente a todo o exposto, é possível concluir que, para o direito brasileiro, o ato de incitar a violência corresponde a uma atitude intencional de levar alguém (ou um número indeterminado de pessoas) a praticar um fato específico tipificado como crime.

Por fim, observa-se que a Corte Suprema dos Estados Unidos acrescenta ainda mais um requisito para que ocorra a incitação à violência, o de que seja provável que o ato ilícito incitado venha a ocorrer imediatamente. Sobre o tema, leciona Passos (2008):

Em *Whitney versus California*, a Suprema Corte já havia sugerido que a advocacia em abstrato de condutas ilícitas não constitui incitação. **A incitação é algo como um discurso intencionalmente destinado a levar a audiência a uma atividade ilegal que seja provável de ocorrer imediatamente**.  
(Grifo nosso)

Ademais, do exposto, verifica-se que *o ato de incitar a violência* se trata, conforme *classificação dos atos da fala* formulada por John Searle (2002), de um discurso *diretivo*, isto é, uma locução que tem por propósito levar o ouvinte a fazer algo, seja timidamente (por meio de um convite, por exemplo) ou de modo mais incisivo (quando há insistência pelo locutor)<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> CUNHA, op. cit., p. 327.

<sup>36</sup> CAPEZ, op. cit., p. 314.

<sup>37</sup> CUNHA, op. cit., p. 327.

<sup>38</sup> CAPEZ, op. cit., p. 315.

<sup>39</sup> MIRABETE; FABBRINI, op. cit.; p. 165.

<sup>40</sup> VIEIRA, Guilherme Feijó; SEGATA, Jean; DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio; MACHADO, Nivaldo. **Pensar o Direito**. Rio do Sul: Unidavi, 2011, p. 37.

<sup>41</sup> PASSOS, op. cit., p. 45.

<sup>42</sup> SEARLE, John R. **Expressão e Significado**: Estudos da teoria dos Atos da Fala. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

De acordo com o autor, neste caso, a intenção do falante é de que o mundo passe a corresponder às suas palavras e a condição da categoria consiste na vontade (ou desejo) do interlocutor. Seriam verbos que denotam esta classe, por conseguinte: “pedir, convidar, ordenar, mandar, pedir, suplicar, pleitear, rezar, permitir e aconselhar”<sup>43</sup>.

Categoria que diverge dos chamados atos *expressivos* da fala, cujo propósito não é o de induzir alguém a algo, mas o de expressar um sentimento ou uma emoção a respeito de algo. Neste, o falante não está buscando fazer com que o mundo corresponda às suas palavras ou que suas palavras correspondam ao mundo: “a verdade da proposição expressa é pressuposto”<sup>44</sup>.

Assim, enquanto o propósito de um *diretivo* é o de levar o ouvinte a praticar determinada conduta (*caso da incitação à violência*), o objetivo de um *expressivo* é tão somente o de expressar-se emocionalmente acerca de como alguma coisa é, independentemente desta representação ser verdadeira ou não, precisa ou imprecisa<sup>45</sup>.

Frente a todas estas explicações, cabe então inferir se, no caso em concreto, ao divulgarem publicamente as músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói*, as gravadoras *Sony Music* e *Furacão 2000* praticaram, ou não, o ato de incitação à violência. Ponto a ser analisado no próximo tópico.

#### 4.1.3 Análise do caso concreto

A partir de todos os conceitos dispostos no tópico anterior, não nos parece que no caso em concreto tenha havido qualquer tipo de incitação à violência ou que esta interpretação seja prudente.

Isso porque não há qualquer prova ou indício nos autos de que as músicas em comento buscam incentivar um ato específico tipificado como crime ou de que tenha havido intenção das gravadoras nesse sentido.

Sobre o tema, aliás, cabe destacar parte de um dos votos desfavoráveis à condenação, no qual afirma-se não ser possível censurar tais músicas apenas porque contêm trechos nos quais se diz que um *tapinha não dói* ou de uma mulher que pede e se satisfaz com *um tapa na cara*, *in verbis*:

---

<sup>43</sup> SEARLE, op. cit., p. 21.

<sup>44</sup> SEARLE, op. cit., p. 23.

<sup>45</sup> SEARLE, op. cit., p. 23.

(...) **não parece possível censurar as músicas apenas pelo que os autores acham que elas contêm** nem condenar os réus **apenas porque uma** das músicas **diz que "tapinha não dói" ou porque na outra** a música é dito que **uma mulher pede e se satisfaz com "tapa na cara" enquanto faz amor.** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Chama atenção e corrobora este entendimento, aliás, o fato de que os próprios autores se equivocaram na indicação das letras de uma das músicas na petição inicial, o que indica que os argumentos para a condenação baseiam-se em normas e valores em abstrato, e não sobre o caso em concreto. Acerca deste ponto, igualmente retira-se da íntegra do acórdão supracitado:

**Os próprios autores** da ação civil pública **inexplicavelmente se equivocaram na indicação errada da letra** de uma das músicas na petição inicial, e este fato surpreende: os autores da ação civil pública erraram na indicação da letra de uma das músicas e **também erraram ao analisar a letra da música! A música contra a qual se voltavam** no item 2.2 da petição inicial (fls. 06-08) **não é a "Tapa na Cara"** (...) **Surpreende e causa espanto porque toda a argumentação quanto 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 que aconteceria com a tal letra da música contra que os autores se voltam. (...). **A tentativa de emenda da petição inicial, mediante um copiar-colar integral** da íntegra de um dos itens centrais da petição inicial (que tratava **justamente dos fundamentos de fato de um dos pedidos**) **comprova que os autores estão presos exclusivamente a valores e normas, desconsiderando** os fatos concretos, a realidade do mundo, **a própria letra da música dita agressora e discriminatória.** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Em corroboração, Assunção e Silva (2012)<sup>46</sup> afirma que não é possível restringir a liberdade humana sobre o pressuposto de agressão à lei penal sem que haja ofensa a um bem jurídico ou efetivo risco de que tal ofensa venha a ocorrer.

Ademais, conforme Dworkin (2006)<sup>47</sup>, o Estado ofende seus cidadãos e lhes nega responsabilidade moral quando diz que “não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas”.

Além do mais, consoante Passos (2008), ainda que determinados atos comunicativos possam ser categorizados como ilícitos penais (a exemplo da *ameaça*, da *calúnia* e da *incitação*),

<sup>46</sup> SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.111.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

é preciso “não exagerar na extensão do conceito de tais figuras, sob pena de com elas identificar absurdamente qualquer mensagem”<sup>48</sup>.

Além destes pontos, observe-se também que não há qualquer ligação imediata entre as referidas músicas e o suposto ato incitatório, requisito que, como visto no tópico anterior, é exigido pelo direito americano e que nos pode servir de inspiração. Conforme Sankiewicz (2014), tal requisito garante que o Estado não violente ideias com base apenas no fato de que estas, eventualmente, e no futuro, possam produzir alguma conduta vedada pelo direito<sup>49</sup>.

Por fim, além das questões mencionadas, não nos parece que as referidas músicas possam ser enquadradas como atos de incitação à violência, já que, a partir da *classificação dos atos da fala* formulada por John Searle (2002), não preenchem as características típicas dos *atos diretivos*, isto é, não se verifica o desejo (vontade) das gravadoras em induzir alguém a fazer algo ou de que suas palavras correspondam ao mundo.

Em verdade, as referidas músicas parecem estar mais próximas da categoria dos *atos expressivos* da fala, que visam apenas expressar uma emoção ou um sentimento acerca de um estado de coisas. No caso das músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói*: a emoção e os sentimentos vivenciados pelo personagem protagonista em um ato de intimidade com sua parceira.

Nesse sentido, aliás, Nogueira (2011)<sup>50</sup> afirma que as músicas são *expressões das condições emocionais* do próprio compositor ou de um personagem fictício. Além disso, conforme assegura, tais emoções não determinam a interpretação do intérprete ou a experiência do ouvinte, as quais são fruto do mundo particular de cada um.

Sobre o tema, cumpre também destacar o entendimento do professor João dos Passos (2008), para quem os atos comunicativos classificados como *emoções*, sequer em tese, constituem condutas ilícitas, uma vez que ninguém tem o direito de exigir de outra pessoa que sinta de outro modo. Para o professor, a emoção revelada pode ser criticável, mas não ilícita<sup>51</sup>.

Assim, por todo o exposto - seja pelo não enquadramento legal, pela falta de provas ou pela ausência de qualquer correlação direta entre as músicas e a suposta conduta incitatória, seja pela classificação que as referidas canções recebem nos atos da fala (*expressivos* e não

---

<sup>48</sup> PASSOS, op. cit., p. 54.

<sup>49</sup> *apud* SANKIEWICZ, op. cit., p.28.

<sup>50</sup> NOGUEIRA, Marcos. **O Viés Emocional da Expressão Musical**. Revista Hodie, v. 11, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/musica/article/view/21663/12745>. Acesso em: 25/10/2016.

<sup>51</sup> PASSOS, op. cit., p. 54.

*diretivos*) - não nos parece prudente infirmar que as músicas em apreço incitam condutas violentas<sup>52</sup>.

Dito isso, passa-se a análise da próxima premissa que embasou a decisão da 2ª Seção do Tribunal Federal da 4ª Região: a de que as músicas em comento retratam a mulher em posição de inferioridade e de que, por isso, são discriminatórias.

## 4.2 MULHER INFERIORIZADA: FUNDAMENTO VÁLIDO?

Como visto exaustivamente no segundo capítulo, outra premissa na qual se baseou a decisão foi a de que as músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói* retratam a mulher em posição de inferioridade em relação ao homem e, portanto, são discriminatórias (o que então afrontaria à liberdade de expressão).

Assim, cumpre neste tópico analisar, primeiramente: a) se, de fato, a mulher é retratada com inferioridade nas canções e, em segundo plano b) se isso justificaria a repressão judicial. Passa-se a análise do primeiro questionamento, abaixo.

### 4.2.1 Uma questão de interpretação

Como já antecipado, cumpre neste tópico verificar se as músicas em apreço retratam, ou não, a mulher em posição de inferioridade e, em consequência, se são discriminatórias.

Ocorre que tal análise é inviável, já que o fato de as músicas retratarem, ou não, a inferioridade da mulher é uma questão de interpretação. Para alguns a resposta pode ser positiva; enquanto que, para outros, negativa. A questão, portanto, é altamente questionável.

Isso porque: “A música não é uma língua universal, nem é uma língua que fala imediatamente e de forma igual a todos os homens”<sup>53</sup>. Ademais, conforme o ditado popular: “pinta-se um quadro, e não o que ele representa”<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Também não nos parece, caso o leitor tenha se questionado a respeito, que aqui tenha havido *apologia à violência*, uma vez que o crime de apologia consiste em intencionalmente louvar, elogiar, enaltecer um fato criminoso ou o autor de um crime (CAPEZ, op. cit, p. 319 e 317), o que notadamente não é o caso das músicas em discussão. Observe-se que a autora não se aprofundou nesse item, pois ele sequer é cogitado no voto de condenação.

<sup>53</sup> SACHS, Curt *apud* PIANA, Giovanni. **A Filosofia da Música**. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2001, p. 41.

<sup>54</sup> FREITAS, Verlaine. **Adorno e a arte contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p.59.

Assim, consoante Freitas (2008), as obras não carregam significados em si mesmas, mas é o receptor quem lhes dá significação:

**Toda obra de arte (...) se impõe à força a todos os objetos enquanto identidade com o sujeito e, deste modo, se perde...** As obras de arte são copias do vidente empírico, na medida em que a este fornecem o que lhes é recusado no exterior e assim libertam daquilo para que as orienta a experiência externa coisificante<sup>55</sup>. (Grifo nosso)

No âmbito da música, este fundamento ganha ainda mais força. Não há, por exemplo, uma única interpretação correta da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini é diferente daquela regida por Von Karajan. “Não obstante uma seja mais romântica, (...) a outra mais longilínea, as duas são autênticas- e corretas”<sup>56</sup>.

Ademais, as expressões artísticas possuem grande abertura para interpretações. Uma música que defenda uma ideia odiosa, por exemplo, pode ser interpretada, tanto como uma apologia à violência, como uma crítica da própria ideia que veicula. É o caso, por exemplo, do famoso musical *Primavera para Hitler*, que tem como título original *The Producers*<sup>57</sup>.

Assim, a visão de que as canções retratam a mulher em posição de inferioridade seria apenas uma das formas de interpretar as canções, mas não a única ou nem por isso a mais correta.

Veja-se, a título ilustrativo, que somente no corpo do próprio processo (afora o que seria imaginável encontrar caso outras pessoas fossem questionadas) foi possível encontrar quatro interpretações razoáveis para as letras das referidas músicas. Vejamos quais:

1) O Juiz Federal Nicolau Konkel Junior (voto vista dos embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS), por exemplo, afirmou que, no seu modo de ver, a expressão *um tapinha não dói* não se referia à violência contra a mulher, mas sim ao *uso de drogas em pequena quantidade*:

No caso da música Um Tapinha não Dói, até uma confissão que faço, porque como participante da sociedade ouvi essa música várias vezes e **tinha a impressão de que o tapinha não era**, além da **referência** óbvia **da violência física**, mas o tapinha tinha muito mais uma conexão com a ideia de droga, com o uso da droga. O tapinha **era o pequeno consumo da droga**. (...) **no sentido**

<sup>55</sup> FREITAS, op. cit., p. 60.

<sup>56</sup> GRAU, op. cit., p. 36.

<sup>57</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça**: a letra do banco dos réus. In. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11714](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714) Acesso em: 04/11/2016.

**de que um tapinha não dói; se cheirar um pouco ou se fumar um pouco, não vai causar nenhum problema,** essa é a ideia que se passa<sup>58</sup>. (Grifo nosso)

2) A gravadora Furacão 2000 (em contestação, fls. 300-301), por sua vez, afirmou que a letra da canção foi inspirada em histórias de crianças que provocavam seus pais e que, quando apanhavam, *os desafiavam repetidamente dizendo que os tapas não doíam*. Vejamos:

**Segundo a autora** da referida obra, 'MC Beth', **a letra foi inspirada nas crianças da Favela da Rocinha**, localizada na cidade do Rio de Janeiro, local onde leciona. **Lá, ouviu histórias de crianças que provocavam seus pais quando apanhavam, repetindo, desafiadoramente, que os tapas não doíam**<sup>59</sup>. (Grifo nosso)

3) Já na visão da psicanalista Anna Veronica Mautner (conforme trazido pelas rés à fl. 302), as canções refletem apenas *uma forma de rir e brincar*, que, no meio da dança, não machuca, mas apenas esclarece o *saber brincar*. Veja-se:

Entretanto, será que simplesmente dizer que 'um tapinha não dói' traz consigo esse significação ou é a voz do pobre da favela que nos atenta para essa interpretação. 'Se fosse para levar a sério as letras das marchinhas, o que não deveriam ter feito com aquela que induzia ao roubo ou à mendicância: 'Ei! Você aí! Me dá um dinheiro aí! Me dá um dinheiro aí!'. E o que dizer daquela outra: 'As águas vão rolar! Garrafa cheia eu não quero ver sobrar!' Poderia ser vista como uma sugestão ao alcoolismo?', argumenta a psicanalista Anna Veronica Mautner. **A psicanalista afirma que 'Tapinha no meio da dança não dói, só dói no meio da briga. Quando o adulto brinca, ele ganha anos de vida'**. E declara que as informações 'programadas' vindas da TV e vídeo e de computadores são as responsáveis por esse comportamento negativo em relação ao funk, **é o esclarecimento do 'saber brincar'**<sup>60</sup>. (Grifo nosso)

4) Por fim, na visão do Juiz Federal Adriano Vitalino dos Santos, a letra da música *Tapa na cara* apenas retrata um momento de intimidade entre um casal e demonstra a existência do *masoquismo como forma do prazer feminino*:

Ora, **a letra** musical questionada **apenas relata um encontro amoroso entre um homem e uma mulher, que implora ao parceiro para que lhe dê tapas durante o ato sexual**. O compositor, por meio da obra musical, apenas relatou a existência de formas variadas de prazer, cuja realidade, ainda que de gosto questionável, não deve ser ignorada pelo Direito. De forma alguma, portanto, a música discrimina e/ou incentiva a violência contra a mulher, **limitando-se**

<sup>58</sup> Embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS. Voto Vista. Juiz Federal Konkel. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689). Acesso em: 01/10/2016.

<sup>59</sup> Embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689). Acesso em: 01/10/2016.

<sup>60</sup> Embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689). Acesso em: 01/10/2016.

a demonstrar artisticamente a existência do masoquismo como manifestação do prazer feminino<sup>61</sup>. (Grifo nosso)

Além destas quatro possibilidades, outra forma possível de interpretar a questão, seria a de que as músicas, ao invés de inferiorizarem a mulher, denotam o seu empoderamento, na medida em que retratam a autonomia feminina no momento sexual, notadamente nas expressões: “mas ela me pede todo dia toda hora quando a gente fazer” e “se te bota maluquinha, um tapinha eu vou te dar”.

Não fosse o bastante, outra forma crível de encarar a matéria, é de que as canções em apreço não transmitem (ou buscam transmitir) qualquer mensagem em específico, mas refletem apenas comandos para que o corpo seja levado a dançar e aquele que dança se esqueça dos problemas pessoais. Nesse sentido, conforme o Des. Federal Cândido Leal Júnior, ao ser transformada em ritmos e sons, as músicas perderiam seu significado textual:

Não é à-toa que uma das músicas discutidas nesta ação começa ordenando à "glamurosa" que "cruze os braços no ombrinho", "lança ele pra frente e desce devagarinho", "dá uma quebradinha e sobe devagar". Ou seja, são ordens dadas ao corpo para que siga a música, para que se entregue à música, e nisso com certeza não há intenção contemplativa ou preparação para alguma prática religiosa, como se fosse um hino sagrado cantado numa igreja e preparando um sacramento. Não é disso que a música trata, não é isso que a música quer. Ela quer apenas permitir que a pessoa se esqueça da sua vida cotidiana, de seus problemas, da fila do ônibus, do tempo que passa apertada dentro do ônibus indo ao trabalho e voltando pra casa todos os dias, do medo de morrer de bala perdida, do medo de que seus filhos tenham fome, do medo que seu patrão o despeça.

Deixe-se levar pelo dançar, pelo cantar, pelo repetir o ritmo, pelo bater do pé, pelo acompanhar a cadência, pelo deixar-se levar para apenas sentir prazer com os sons e com a sonoridade das palavras, que muitas vezes chegam até perder seu significado textual e se transformam em ritmo<sup>62</sup>. (Grifo nosso)

Assim, como é possível perceber, a mensagem transmitida pelas canções (ou a ausência dela) vai depender preponderantemente daquele que a interpreta. Isso porque, a decisão judicial, em última análise, sempre envolverá as convicções do próprio juiz, que podem estar influenciadas por preceitos de ordem ética, religiosa, social ou política<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689). Acesso em: 01/10/2016.

<sup>62</sup> Embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7906592&has=h=aec878e00a6b94c18c32128033d37689). Acesso em: 01/10/2016.

<sup>63</sup> GRAU, op.cit., p. 38.

Conforme estudos acerca das ideias e de seus conjuntos padronizados, aliás, é um fato comprovado que o raciocínio sofre deformações por uma série de fatores externos e internos. A imagem mental que fazemos das coisas, assim, não corresponde exatamente à realidade destas<sup>64</sup>. Sobre o tema, explica Lyra (2006):

(...) o escritor francês **Stendhal** ficou muito irritado ante a mera proposta de um estudo desse tipo. Não é muito agradável saber que andamos iludidos e Stendhal **chegou a desabafar-se** de forma pitoresca: “um trabalho de ideologia é um desafio! Então pensam que eu não raciocínio corretamente?!” Aliás, é isso mesmo que ocorre: ninguém raciocina com absoluta perfeição e há sempre uma boa margem de deformações, a que não escapam as próprias ciências. Queremos dizer que também nessas se intromete certo grau de ideologia, afetando as premissas (...) e as conclusões a que chegam os cientistas<sup>65</sup>. (Grifo nosso)

Assim, ainda que o intérprete busque apenas o sentido literal do texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja, a mensagem extraída nunca será de todo pura, pois invariavelmente aquele que a interpreta (ainda que não seja sua intenção) irá contaminá-la com suas convicções particulares<sup>66</sup>.

Note-se que Araújo (1996), já em 1996, assegurava que a ideia de que a linguagem reflete a cópia do mundo ou a captação das coisas em si mesmas (entendida como *essencialismo*) é ultrapassada. Nas palavras do autor: “a linguagem é o limite de nosso mundo, pois o nosso pensamento é limitado por nossa própria linguagem”<sup>67</sup>.

Conforme Habermas (2003), ademais, somente se pode atribuir um predicado a um objeto se qualquer outra pessoa atribuir ao mesmo objeto o mesmo predicado. Para o autor, a única forma de afirmar que uma proposição é verdadeira é que seja fruto do consenso entre todos os demais, já que, *a priori*, não há qualquer relação direta entre os enunciados e o mundo real<sup>68</sup>.

Dessa forma, considerando que, no caso em apreço, definitivamente não há um consenso em relação a mensagem transmitida pelas canções, não nos parece razoável admitir que a interpretação dada pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (de que a mulher é

<sup>64</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 16.

<sup>65</sup> LYRA FILHO, op. cit., p. 16.

<sup>66</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

<sup>67</sup> Cf. OLIVEIRA, Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 120.

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 28-34.

retratada como inferior e de que, por isso, a canção é discriminatória) deva prevalecer sobre as demais, sobretudo quando prejudica uma das partes.

Por derradeiro, relembre-se que John Locke (*apud* Passos, 2008), em seu *Ensaio acerca do entendimento humano*, já assinalara que a dúvida acerca de algo, no lugar de justificar que alguns homens imponham suas opiniões sobre os demais, deveria incentivar a busca pelo conhecimento através do estudo e do debate<sup>69</sup>.

Dito isso, resta verificar se, ainda que as referidas músicas retratassem a violência, o Estado estaria autorizado a ventilar acerca de seu conteúdo e em reprimir seus veiculadores, assunto que será analisado no próximo tópico.

#### 4.2.2 Cabe ao Estado interpretar?

Conforme adiantado no tópico anterior, cumpre neste tópico verificar se, ainda que as canções *retratassem* a mulher em posição de inferioridade, incumbiria ao Estado intervir na sua veiculação.

Quanto a este ponto, cabe lembrar que não se está a se falar de uma opinião, mensagem informativa ou uma afirmação sobre algo, mas sim de *um fazer artístico* (uma música), ainda que alguns insistam em não a enxergar desta forma.

O caso a ser analisado, portanto, não é o de alguém que *afirma* que “se uma mulher gosta de apanhar, então deve apanhar” ou que, sendo incitado, *agrediu* outra pessoa. Longe disso, trata-se de uma *representação artística* de uma determinada situação (real ou fictícia), que, como visto, pode ser interpretada de inúmeras maneiras.

Assim, é preciso tomar cuidado para que o compositor de uma música não seja confundido com o seu *personagem*, já que sua fala não necessariamente reflete a opinião daquele que a escreve. Não é porque um compositor atue como um perverso ou criminoso, por exemplo, que advogará em favor das ideias transmitidas por estas figuras<sup>70</sup>. Sobre o tema, pondera Salgado (2015):

Assim, **Chico Buarque escreve como uma mulher**, contando **as desventuras de seu guri, que pratica diversos crimes**. Esse **recurso** é tão **utilizado** nas letras de música, como **em toda a literatura e dificilmente**

<sup>69</sup> PASSOS, op. cit., p. 26.

<sup>70</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça: a letra do banco dos réus**. In. *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11714](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714) Acesso em: 04/11/2016.

**alguém na sua melhor consciência diria que Shakespeare, Rubem Fonseca, Ágata Christie dentre outros tantos, se confundem ou mesmo defendem o que fazem seus personagens**<sup>71</sup>. (Grifo nosso)

Ademais, é preciso levar em conta que a letra de uma música não tem comprometimento com a verdade (justamente por ser uma obra de ficção) e que, por assim ser, é possível que retrate situações exageradas, distorcidas, imorais, incômodas ou inverossímeis aos olhos da sociedade<sup>72</sup>.

Sobre o tema, aliás, ironiza Salgado (2015)<sup>73</sup>: “caso a verdade fosse necessária para as obras poéticas, então seria necessário algumas centenas de letristas sofredores de amor, outras centenas com vidas miseráveis e outros tantos com vidas invejáveis”. Conforme destaca, a verdade pode até ser pressuposto para a ciência, mas não o é para a poesia.

Em corroboração, o professor João dos Passos (2008) - ao mencionar um polêmico julgamento da Corte Americana, no qual se discutia a possibilidade de se restringir a exibição de um filme que, em sua narrativa, incentivaria o adultério - afirma que o advogado do caso, antes de questionar o teor da mensagem ou o papel de abstenção do Estado, poderia ter dito que se tratava apenas de uma obra de ficção, isto é, uma narrativa imparcial de uma experiência humana possível, que não necessariamente contém um juízo de valor<sup>74</sup>.

Conforme Facina (2014), ao tratar da criminalização dos chamados *funks proibidos*<sup>75</sup>, a chave da questão está precisamente em enxergar que a liberdade de criação é inerente à própria produção artística. Segundo a autora, assumir um personagem é parte do fazer artístico, seja no cinema, nas artes plásticas ou na música<sup>76</sup>:

<sup>71</sup> SALGADO, op. cit., não há paginação (artigo on line).

<sup>72</sup> SALGADO, op. cit., não há paginação (artigo on line).

<sup>73</sup> SALGADO, op. cit., não há paginação (artigo on line).

<sup>74</sup> O filme em análise chama-se “Lady Chatterley’s Lover” (em tradução: O amante de Lady Chatterley) e narra a estória de uma jovem mulher, que, ao se ver “sozinha” (já que seu marido aristocrata sofreu uma paralisia), envolve-se com um de seus empregados. À época (1959), a legislação do Estado de Nova York (New York) condicionava as exibições cinematográficas à licença prévia do departamento de educação. O filme foi censurado pelo imoralidade de seu conteúdo, que supostamente apresentaria o adultério como sendo apropriado em certas circunstâncias. A Suprema Corte, ao decidir o caso, afirmou que o argumento desvirtuava o que previa a Constituição, que protegia também as ideias que aos olhos da maioria não pareciam apropriadas. PASSOS, op. cit., p.44-47.

<sup>75</sup> Expressão utilizada para caracterizar os *funks* que, por conterem letras que tratam da realidade das favelas (geralmente relacionadas ao tráfico de drogas e/aos traficantes), sofreram diversas formas de repressão judicial e, assim, foram taxados pelos próprios MCs de “proibidos”, no sentido de que a sua veiculação é proibida. Conceito retirado da obra: MEDEIROS, Janaína. *Funk carioca: crime ou cultura? O som dá medo e prazer*. Editora Terceiro Nome, Coleção Repórter especial, 2006.

<sup>76</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibido. In: BATISTA, Carlos Bruce. **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2015, versão Kindle, posição 774.

**Muita gente que admira as obras de Hélio Oiticica, com suas homenagens ao bandido Cara de Cavalo na década de 1960, vê os MCs do funk proibido como vozes a serem caladas. Estes artistas, condenados a verem suas músicas assimiladas a um realismo jornalístico, não têm liberdade para encanar uma persona, uma máscara e assumir suas simpatias pelos criminosos, como fez Oiticica em outros tempos**<sup>77</sup>. (Grifo nosso)

Ademais, conforme Facina (2014), se de fato a arte que retrata a violência devesse sofrer censura, seria incoerente e, no mínimo, contraditório, que o Estado fechasse os olhos para livros, peças de teatro ou filmes como o *Tropa de Elite* (dirigido por José Padilha e lançado em 2007), que tem como herói um policial que age contra a lei e, inclusive, pratica o crime de tortura<sup>78</sup>.

De acordo com a autora, o que ocorre na repressão judicial dos *funks* é a transformação das possibilidades de qualquer fazer artístico (de fabular, criar e reconstruir a realidade) em um realismo bruto que “inventa o artista-criminoso e a arte-crime”. Neste cenário “cantar como se fosse bandido vira ser bandido” e “narrar histórias se torna confessar crimes”<sup>79</sup>.

Além do mais, segundo Facina (2014), é natural que a arte recrie, reinvente e ressignifique a realidade. Um exemplo disso, conforme traz em seu artigo, seria o uso do exagero para fins dramáticos ou cômicos, traços estes que seriam típicos da cultura popular brasileira e também dos *funks proibidos*<sup>80</sup>.

Por fim, acerca do tema, merece também destaque a visão de um dos cantores que vivenciou esse tipo de repressão: *MC Catra* (nome artístico do cantor e compositor brasileiro Wagner Domingues Costa), que, ao defender-se das acusações de que suas músicas representavam incitação à violência, assim afirmou:

**“Ninguém está incitando ninguém.** Ninguém vira bandido por causa do funk. **O funk é uma crônica. Junto com muito suingue, muita pancada, muita dança, muito suor.** O que acontece é que as pessoas ainda não se acostumaram a conviver com a realidade dos outros, tá ligado?”<sup>81</sup>. (Grifo nosso)

Neste contexto e a partir de todo o exposto, cabe então questionar: incumbe ao Estado extrair a ideia que está por detrás de uma expressão artística, que, *a priori*, não tem qualquer

<sup>77</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 774.

<sup>78</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 648.

FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 761.

<sup>80</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 788.

<sup>81</sup> DA SILVA, CIDINHA. **Funk Carioca: Crime ou Cultura?**. Disponível em: [http://www.africaafricanidades.com.br/documentos/Funk\\_carioca\\_repaginado.pdf](http://www.africaafricanidades.com.br/documentos/Funk_carioca_repaginado.pdf). Acesso em: 08/11/2016, p. 3.

compromisso com a verdade? E mais: é certo considerar o que é *retratado* como sendo a própria *mensagem transmitida*? Qual o limite de atuação estatal perante o campo das artes?

Além desses questionamentos, outros mais podem ser feitos, a exemplo do trecho abaixo, retirado de um dos votos desfavoráveis à condenação:

Aos que vão argumentar que as músicas "Tapinha" e "Tapa na Cara" não foram escritas pelo Chico Buarque e não terão a mesma importância histórico-cultural que a Ópera do Malandro teve para a História do Brasil e para a formação da nossa sociedade digna e justa, eu devolvo a pergunta sobre **quem é o censor autorizado para estabelecer os limites e as restrições para a produção artística** e a discussão pública dos temas polêmicos? Quem sabe o que vai acontecer no futuro? **Quem detém o monopólio do que pode ser dito e do que deve ser tolerado? Um juiz ou uma juíza?** Um artista ou uma artista? Um empresário ou uma empresária? Um militante ou uma militante? Um homem ou uma mulher? **Ou todos os cidadãos? Quem é o leiloeiro no "mercado das ideias"?** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão). (Grifo nosso)

Em resposta a estas questões, Salgado (2015) afirma que, a seu ver, não cabe ao Estado (seja pelo legislativo, seja pelo judiciário) interferir na arte, que aqui se dá com a criação da letra e a interpretação da música, sob pena de se restringir a criação, “mesmo quando esta implique em um certo desconforto social”. Isso porque, na visão da autora, a arte justamente permite as transgressões que a fala social não permite<sup>82</sup>.

Nilo Batista (2014) compartilha do mesmo entendimento. Segundo o autor, o que cabe ao Governo Federal, em termos de regulação da arte, é apenas classificar (para efeitos meramente indicativos) as diversões públicas e os programas de televisão e de rádio, consoante estabelece o art. 21, inciso XVI, da atual Constituição Federal. Por conseguinte, nenhuma autoridade tem o aval para intervir na arte e julgar se, por detrás da trama, haveria uma incitação à violência ou uma ofensa ao pudor<sup>83</sup>.

Não destoam o posicionamento de Farias (2004), que afirma que a Carta Magna foi clara ao estabelecer que cabe ao poder público tão somente a obrigação de “informar sobre a natureza, faixas etárias, locais e horários adequados” das manifestações culturais<sup>84</sup>. Segundo o autor, a

<sup>82</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça**: a letra do banco dos réus. In. *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11714](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714) Acesso em: 04/11/2016.

<sup>83</sup> NILO, Batista. Sobre a criminalização do funk carioca. In: BATISTA, Carlos Bruce. **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2015, versão Kindle, posição 2200.

<sup>84</sup> FARIAS, op. cit., p. 201.

censura a pretexto de evitar o estímulo a um dado comportamento tem como objetivo, na verdade, o de “conferir ao Estado poder de polícia para monitorar costumes e valores morais dos cidadãos, o que é inaceitável”<sup>85</sup>.

Ademais, conforme Farias (2004), os dispositivos constitucionais são claros ao estabelecer que nenhuma forma de expressão artística pode ser criminalizada, censurada ou sofrer restrição<sup>86</sup>. Com efeito, prevê a Constituição, *in verbis*:

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. (...)  
§ 2º **É vedada toda e qualquer censura de natureza** política, ideológica e **artística**.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)  
IX - **é livre a expressão** da atividade intelectual, **artística**, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**<sup>87</sup>; (Grifo nosso)

Conforme é possível verificar, os dispositivos destacados expressamente dispõem que a criação e a expressão, sob qualquer forma, não sofrerão qualquer tipo de restrição, especialmente política, ideológica ou artística. Ademais, conforme o art. 5º, inciso IV, a expressão artística e de comunicação deve ser livre independentemente de censura.

A Carta Maior assegura ainda, por meio dos artigos. 215 e 216, que o Estado garantirá o pleno exercício dos direitos culturais, e apoiará e incentivará a valorização da difusão de todas as manifestações culturais<sup>88</sup>.

Assim, *a priori*, tais dispositivos seriam suficientes para responder à questão central deste tópico e para consagrar a premissa de que não cabe ao Estado interferir na arte ou julgar o seu conteúdo.

<sup>85</sup> FARIAS, op. cit., p. 201.

<sup>86</sup> FARIAS, op. cit., p. 202.

<sup>87</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/10/2016.

<sup>88</sup> FARIAS, op. cit., p. 160.

No entanto, caso se caminhe nesta direção, não se enfrentará a questão crucial aqui posta em xeque, isto é, a de saber se o Estado está legitimado a intervir sobre uma opinião, porque a julga incompatível com a ordem ou a moral desejável<sup>89</sup>.

Assim, a exemplo do que fez o Julgador da Suprema Corte no famoso caso do filme *Lady Chatterley's Lover*<sup>90</sup>, se aceitará a premissa de que a mensagem transmitida pelas canções é a de que “em determinadas circunstâncias um tapa na cara se justifica ou de que um tapinha não dói” e de que não se trata de uma música, mas de uma preleção ideológica.

Ponto a ser analisado no próximo tópico.

#### 4.2.3 E se fosse uma opinião?

No tópico anterior o objetivo consistiu em verificar se o Estado estaria habilitado a intervir no campo das artes para regular o seu conteúdo, ao que chegou-se à conclusão de que tal intervenção é expressamente vedada pela Constituição.

Mas, e se não estivéssemos falando de uma música, e sim de uma opinião? Precisamente a opinião de que “em determinadas circunstâncias um tapa na cara se justifica ou um tapinha não dói”? Neste caso, caberia ao Estado intervir, porque julga tal entendimento incompatível com a ordem e a moral desejável?

Para responder a esta questão, necessário, primeiramente, a compreensão suscita do que vem a ser a liberdade de expressão. Após, cumpre verificar se o direito à liberdade de expressão impede que o Estado reprima (direta ou indiretamente) uma opinião que julga inapropriada.

---

<sup>89</sup> Tratando-se de um trabalho acadêmico, a autora julgou importante analisar o conteúdo questionado não apenas enquanto expressão artística (música), mas também enquanto preleção ideológica, a fim de estender e ampliar a pesquisa.

<sup>90</sup> No caso, o Magistrado responsável pelo julgamento iniciou seu discurso dizendo: “Nós aceitamos a premissa de que o filme aqui em questão pode ser assim caracterizado” [isto é: de que o filme, de fato, transmite a mensagem de que em determinadas circunstâncias o adultério se justifica ou mesmo é aceitável]. Conforme o professor João dos Passos (2008), ao fazer isso, o Magistrado equiparou o romance a uma preleção ideológica e deu à decisão da Corte contornos abrangentes das formas de expressão em geral (PASSOS, op. cit., p.46). Caso contrário, a Corte teria tido que enfrentar questões como: “A estória narrada, de fato, retrata o adultério como sendo aceitável?”, e mais: “O Estado está habilitado à intervir na arte?”, as quais, no caso em apreço, foram tratadas nos tópicos anteriores.

#### 4.2.3.1 Conceito de liberdade de expressão

A liberdade de expressão consiste “no direito de comunicar-se ou de participar de relações comunicativas”, seja como locutor ou como destinatário da mensagem, a qual pode ser tanto uma informação, quanto: uma opinião, um sentimento, uma proposta ou outro ato expressivo<sup>91</sup>.

Tal instituto, assim, pode ser compreendido como um direito negativo, consistente na abstenção do Estado em intervir no ato comunicativo<sup>92</sup> ou compreendido no sentido positivo, de que haverá liberdade quando não houver norma que a proíba<sup>93</sup>.

A liberdade de pensamento pode ser entendida ainda, como o ato de “exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for”, abarcando: a liberdade de manifestação do pensamento, bem como a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, livre de qualquer censura<sup>94</sup>.

Compreendido o conceito, resta então verificar se o Estado está autorizado a reprimir uma opinião da qual discorde ou julgue inapropriada, no caso em específico: a de que “em determinadas circunstâncias (notadamente sexuais) um tapa na cara se justifica ou de que um tapinha não dói”. Ponto que será analisado no próximo tópico.

#### 4.2.3.2 Liberdade para as ideias despudoradas

O intento deste tópico, como adiantando, é responder se o Estado está autorizado a intervir em uma opinião que julgue inapropriada, imoral ou despudorada.

Para responder à questão, cumpre, mais uma vez, transcrever o art. 220 da Constituição Federal (dessa vez, com enfoque aos trechos que interessam a esta segunda análise), que estabelece a vedação de toda e qualquer censura, *in verbis*:

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.  
(...)

<sup>91</sup> PASSOS, op.cit., p. 5.

<sup>92</sup> PASSOS, op. cit., p. 3

<sup>93</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p. 13.

<sup>94</sup> Capez, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; DOS SANTOS, Marisa Ferreira; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74-78.

§ 2º **É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística**<sup>95</sup>. (Grifo nosso)

Assim, conforme expressa disposição legal, a manifestação do pensamento não deve sofrer qualquer tipo de restrição, especialmente de natureza política, ideológica ou artística.

Tem o Estado, desta forma, a obrigatoriedade de respeitar a manifestação de ideias, opiniões, crenças e juízos de valor, independentemente de seu conteúdo<sup>96</sup>. Ou, em outras palavras: “não cabe ao Estado selecionar as manifestações de opinião que podem ser apresentadas publicamente, sob pena de ferir o princípio da neutralidade”<sup>97</sup>.

O direito de opinião deve abranger, portanto, dois valores: o primeiro é o da *indiferença*, garantia de que ninguém será discriminado pelo conteúdo de sua opinião; o segundo, o da *exigência*, o direito de exigir do Estado o respeito a sua opinião, ainda que dissidente<sup>98</sup>.

Isso porque, como visto, um dos princípios que informam a liberdade de expressão é o do incensurabilidade, segundo o qual os cidadãos podem expressar seus pensamentos livres de interferências ou de qualquer forma arbitrária de restrição, inadmitindo-se a censura prévia ou posterior<sup>99</sup>.

A censura judicial, por este viés, corresponderia a atribuição aos juízes da competência para decidir (e punir) a respeito da legitimidade de expressão de uma opinião, ideia, informação, notícia, ou qualquer outra publicação acerca de determinado assunto<sup>100</sup>.

A premissa decisiva da liberdade de expressão, assim, é a de que não deve ser concedido ao Estado o poder de dizer o que é certo ou errado, moral ou imoral. Consoante Passos (2008): “doutrinas oficiais, contra as quais não é admitido argumentar sob o risco de sanções criminais ou cíveis, são quase sempre suspeitas”<sup>101</sup>.

Dessa forma, ainda conforme Passos (2008), qualquer ato comunicativo que tenha valor expressivo (isto é: que colabore para a democracia, a autonomia da consciência, a tolerância ou

<sup>95</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 26/10/2016.

<sup>96</sup> FARIAS, op. cit., p. 55.

<sup>97</sup> SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30.

<sup>98</sup> SILVA NETO, op. cit., p. 659.

<sup>99</sup> FARIAS, op. cit., p. 76-78.

<sup>100</sup> MACHADO, Jónatas E.M., **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**; Coimbra Editora: Coimbra, 2002, p. 493.

<sup>101</sup> PASSOS, op. cit., p. 25.

a produção do conhecimento, e desde que dentro dos limites da liberdade de expressão<sup>102</sup>) é ideologicamente neutro, isto é, não depende do tema do discurso para ser aceito<sup>103</sup>.

Note-se, assim, que o valor expressivo não é atributo apenas da opinião que não afronta a ética dominante (que soa bem, não melindra o poder ou desafia o inquestionável); mas também predicado da opinião que soa inconveniente, descabida, despudorada ou alarmante, independentemente de obedecer à elegância ou à suavidade de estilo<sup>104</sup>.

O valor expressivo também não depende do consentimento alheio. Não importa, assim, que, aos olhos dos outros, a versão da história pareça inexata; a crítica literária, infundada; o sentimento transmitido, insensato<sup>105</sup>, pois não são estes critérios do valor expressivo dos atos comunicativos<sup>106</sup>.

Isso porque: se o valor dos atos comunicativos dependesse do tema do discurso, da polidez dos oradores, ou da concordância da maioria, então a diversidade estaria comprometida. Nesse caso: “a democracia, o saber, a autonomia e a tolerância, que não são menos do que sinônimos de diversidade, descansariam então no cemitério das ilusões”<sup>107</sup>

Conforme Passos (2008), aliás, a essência do que seja tolerar só parece fazer sentido quando uma sociedade não cede a tentação de reprimir todo e qualquer pensamento que lhe pareça chocante ou despudorado, sob o pretexto de que é falso ou perigoso<sup>108</sup>.

Tal entendimento, por sinal, é corroborado pela CIDH e da Corte Interamericana, que, em relatório sobre o tema, consagrou que em decorrência do dever de neutralidade do Estado: “todos os discursos estão protegidos pelo direito à liberdade expressão, independentemente de seu conteúdo e da sua maior ou menor aceitação social e estatal”<sup>109</sup>.

Ademais, consoante disposto no referido relatório, a vedação da censura se aplica tanto às restrições diretas (organismos prévios de controle), quanto indiretas, que “apesar do caráter

---

<sup>102</sup> Tais conceitos serão abordados com maior profundidade no tópico: “**4.3.2 Valor enquanto ato expressivo**”, que aborda os valores consagradamente protegidos pela liberdade de expressão, quais sejam: consolidação da democracia, promoção do conhecimento, autonomia da consciência e incentivo à diversidade. Como se verá, as músicas em apreço protegem também todos estes valores.

<sup>103</sup> PASSOS, op. cit., p. 34-37.

<sup>104</sup> PASSOS, op. cit., p. 38.

<sup>105</sup> PASSOS, op. cit., p. 38.

<sup>106</sup> PASSOS, op. cit., p. 38.

<sup>107</sup> PASSOS, op. cit., p. 40.

<sup>108</sup> PASSOS, op. cit., p. 41.

<sup>109</sup> MARINO, Catalina Botero. **Uma Agenda Continental para a Defesa da Liberdade de Expressão**: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2014, p. 7.

sutil dos mecanismos pelos quais são implementadas, surtem o mesmo efeito de inibição, repressão ou silenciamento da livre expressão”<sup>110</sup>.

Segundo apontado no relatório, são exemplos de censura indireta: a criação de uma atmosfera de intimidação que iniba a expressão dissidente, bem como a autorização das barreiras impostas por particulares para impedir o livre fluxo das ideias e, em particular, das ideias que sejam perturbadoras ou incômodas para o poder político ou econômico<sup>111</sup>.

Assim, a partir de todo o exposto, conclui-se que é vedado ao Estado proibir o discurso e a punir seu autor (seja por meio da lei ou de decisão judicial) com base em mera discordância ou contrariedade em relação ao conteúdo transmitido. Se o fizer, então estará a violar a máxima da neutralidade prevista na Constituição Federal.

No caso em concreto, portanto, é possível concluir que não cabe ao Estado intervir e punir as gravadoras, porque discorda ou desgosta da ideia de que “um tapa na cara se justifica quando a mulher o pede durante o ato sexual” ou de que “em determinadas circunstâncias (notadamente sexuais) um tapinha não dói”.

Neste caso, não importa se o enunciado soe despidorado, alarmante ou mesmo chocante, ou que destoe da moral prevalecente da sociedade<sup>112</sup>, já que não cabe ao Estado restringir ou intervir na expressão de uma opinião por julgar seu conteúdo inapropriado.

Superada esta questão, cabe analisar o próximo fundamento que teria embasado a decisão: o de que as músicas em apreço não atendem a qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva ou atendimento ao bem-estar geral, abordado logo abaixo.

#### 4.3 AUSÊNCIA DE UTILIDADE SOCIAL: PRA QUEM?

Como visto no segundo capítulo, um dos fundamentos que embasou (ou ao menos parece ter contribuído para) a condenação das gravadoras foi o fato de que, no entendimento dos Julgadores, as músicas em apreço não atendem a qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva ou atendimento ao bem-estar geral.

---

<sup>110</sup> MARINO, op cit., p. 12.

<sup>111</sup> MARINO, op cit., p. 26.

<sup>112</sup> Ponto que, por sinal, é bastante questionável, dado o número recorde de vendas do livro “Cinquenta Tons de Cinza”, que retrata de forma bastante detalhada (e realista) o masoquismo como forma de manifestação de prazer, consoante matéria publicada no Jornal Globo, disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/cinquenta-tons-de-cinza-pode-quebrar-recorde-de-vendas-global-5713763>. Acesso em: 10/11/2016.

Tal premissa parece-nos equivocada por duas razões principais: 1ª) toda forma de arte (no que se inclui a música) têm utilidade social enquanto expressão cultural e 2ª) o valor expressivo de um ato comunicativo não está apenas no seu conteúdo, mas no fato de que sua livre circulação auxilia na construção do conhecimento, na consolidação da democracia e da autonomia da consciência, bem como incentiva a tolerância. Fundamentos estes que serão analisados nos próximos tópicos.

### 4.3.1 Valor enquanto expressão cultural

Neste tópico, pretende-se demonstrar porque as músicas em questão, enquanto expressões de arte, têm valor social intrínseco ou, nas palavras dos julgadores, atendem a critérios de utilidade social, necessidade coletiva ou atendimento ao bem-estar geral.

Para tanto, cumpre primeiramente compreender o conceito da expressão *música*. Segundo a literatura sobre o assunto, músicas são: “sons *culturalmente* organizados”<sup>113</sup>, “a *mobilização de grupos* para fazer sons”<sup>114</sup> e ainda “o som que *culturalmente* reconhecemos como tal.”<sup>115</sup>

De acordo com o dicionário brasileiro da língua portuguesa (Michaelis), ademais, *música* é a “*arte de expressar ideias por meio de sons*, de forma melodiosa e conforme certas regras”<sup>116</sup>.

Ainda, conforme Vianna (1990), a música pode ser entendida como *elemento da cultura popular*, que é formada pelas manifestações artísticas de um determinado povo<sup>117</sup>.

Assim, consoante se verifica (e não se acredita que alguém discorde), a música nada mais é do que uma expressão cultural, que se traduz a partir de diferentes espécies instrumentais, tais como a música clássica, folclórica ou popular, assim definidas pelo dicionário *Michaelis*<sup>118</sup>:

<sup>113</sup> PINTO, Tiago de Oliveira. **Som e música**: questões de uma antropologia sonora. *Revist. Antropol.* São Paulo, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-77012001000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012001000100007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>114</sup> *apud* SEEGER, Anthony. **Etnomusicologia/Antropologia da Música** – disciplinas distintas?. In: ARAÚJO, Samuel; PAZ, Gaspar; CAMBRIA, Vincenzo (org.). *Música em Debate: perspectivas interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Mauad X / FAPERJ, 2008, p. 19-24.

<sup>115</sup> *apud* SEEGER, op. cit., p. 19-24.

<sup>116</sup> MICHAELIS: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2015.

<sup>117</sup> VIANNA, op. cit., p. 220.

<sup>118</sup> MICHAELIS, op cit.

Música clássica, MÚS: música constituída por composições sofisticadas e elaboradas, diferente da música popular, da folclórica e do jazz; música culta, música erudita.

Música folclórica, MÚS: música que tem origem nas manifestações populares  
Música popular, MÚS: música urbana, não erudita e não folclórica, de tradição oral.

Não importa, portanto, se a música é erudita, clássica, folclórica ou popular (categoria na qual parecem estar incluídos os gêneros *funk* e *pagode*, dos quais fazem parte as músicas em discussão), todas são expressões de arte e, portanto, possuem valor social.

Sobre o tema, aliás, destaca-se parte de um dos votos desfavoráveis à condenação, em que se afirma categoricamente que a música, ao lado da literatura, do teatro e da pintura, é uma forma de produção artística, *in verbis*:

**Uma sociedade não se constrói só com pensamento e ciência.** Não é só a razão que contribui para atingirmos algum dia a sociedade digna e justa que queremos. Ao lado das coisas da razão, é preciso também espaço para sentimentos, impressões, sensações, coração, corpo e alma. **Ao lado das ciências, temos as artes.** Ao lado do pensamento científico, temos a produção artística, **em todas as suas formas de expressão: literatura, teatro, pintura, escultura, novas mídias, música.** (...) **Sim, a música também é uma forma de produção artística.** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Em complemento, Barbosa (2003) afirma que a arte, enquanto manifestação da relação do íntimo do ser humano e da sua convivência social, tem valor inestimável para a sociedade, seja no âmbito histórico, linguístico ou cultural<sup>119</sup>.

E, afinal, quem haveria de negar o valor intrínseco da arte quando a própria Constituição Federal, em seu art. 216, assegura expressamente que as formas *de expressão e as criações artísticas*, tomadas individualmente ou em conjunto, *constituem patrimônio cultural brasileiro?*<sup>120</sup>

<sup>119</sup> BARBOSA, Ana Mae. **Arte Educação no Brasil: do modernismo ao pós-modernismo.** São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.revista.art.br/site-numero-00/anamae.htm> Acesso em: 8/11/2016.

<sup>120</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 26/10/2016

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;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas

Tal garantia constitucional é necessária, conforme Santos e Ribeiro (2015), porque a proteção do patrimônio cultural (em suas mais variadas formas e, entre elas, a artística) é a garantia da manutenção da memória de um povo<sup>121</sup>.

Consoante Zanar e Diniz (2014), também a música, ao retratar a história de seu povo, tem inegável valor social. Conforme predizem: “ao nos ouvirmos mais, podemos entender melhor esses muitos brasis por aí afora”<sup>122</sup>.

Note-se, inclusive, que no que toca à música (e notadamente o *funk*), a necessidade de proteção parece ser ainda mais pujante, dada a publicação, em 2009, da Lei nº 5543 do Rio de Janeiro, que estabelece expressamente que o *funk* é um movimento musical popular que merece respeito e proteção, *in verbis*:

Art. 1º Fica definido **que o funk é um movimento cultural e musical de caráter popular.**

Parágrafo Único. Não se enquadram na regra prevista neste artigo conteúdos que façam apologia ao crime.

(...)

Art. 4º **Fica proibido qualquer tipo de discriminação ou preconceito**, seja de natureza **social**, racial, **cultural** ou administrativa **contra o movimento funk** ou seus integrantes.

Art.5º **Os artistas do funk são agentes da cultura popular, e como tal, devem ter seus direitos respeitados**<sup>123</sup>. (Grifo nosso)

Consoante os autores Diniz e Cunha (2014), o *funk* e o *hip-hop* tem especial importância na cultura brasileira, porque dão voz ao dia-a-dia das favelas e das periferias. Além de produzirem: “diversão, festas, críticas, conflitos e projetos sociais, que enriquecem as experiências do Brasil contemporâneo”<sup>124</sup>.

Consoante um dos Julgadores do caso, ademais, o *funk* e também o *pagode* são gêneros musicais que, com suas características:

O pagode e o funk, com suas características, **representam bem aquela capacidade da música de mobilizar o corpo, de assumir o controle da pessoa e de fazer que se movimente e experimente sensações.** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel.

<sup>121</sup> **Direito penal e constituição** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7/2R9wO04dFNmC7615.pdf> Acesso em: 02/11/2016

<sup>122</sup> DINIZ, André; CUNHA, Diogo. **A república cantada: do choro ao funk** – a história do Brasil através da música. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, versão Kindle, posição 39.

<sup>123</sup> BRASIL. **Lei nº 5.543/2009**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23461935/lei-n-5543-de-22-de-setembro-de-2009-do-rio-de-janeiro>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>124</sup> DINIZ, André; CUNHA, op cit., versão Kindle, posição 1.526.

CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Assim, por todo o exposto, resta latente a importante função social que a música desempenha na sociedade, não apenas por representar uma expressão cultural (no caso do *funk* e do *pagode*: das camadas mais marginalizadas da sociedade), mas também por proporcionar diversão, dança e alegria para diferentes camadas sociais.

No entanto, e como já antecipado, este não é o único valor que pode ser atribuído às músicas em comento. Estas, enquanto atos comunicativos expressivos, também protegem outros valores da sociedade, conforme se verificará no próximo tópico.

#### **4.3.2 Valor enquanto ato expressivo**

Consoante Passos (2008): se a liberdade de expressão é um direito protegido pela Constituição, é porque existem razões em “função das quais se supõe e aceita que a circulação da palavra é valiosa”<sup>125</sup>.

Assim, são valores consagradamente protegidos pela liberdade de expressão: a) a promoção do conhecimento, b) a autonomia da consciência, c) a democracia e d) a tolerância<sup>126</sup>.

Nesse sentido, também as músicas em comento (porque atos de comunicação expressivos) promovem estes quatro valores, cuja análise pormenorizada será feita abaixo.

##### **4.3.2.1 Promoção do conhecimento**

Como visto, uma das contribuições da livre expressão seria a promoção do conhecimento. Isso porque: por mais errônea ou eloquente que pareça uma ideia, ao menos esta serve para incitar o debate e, em consequência, promover o conhecimento<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> PASSOS, op. cit., p. 17.

<sup>126</sup> EMERSON, Tomas *apud* SANKIEVICZ, op. cit., p.21.

<sup>127</sup> MILL, John Stuart *apud* FARIAS, op. cit., p. 65.

A livre circulação de ideias é importante também pelo fato de que, entre doutrinas conflitantes, é muito comum que nenhuma seja inteiramente falsa ou exata, de modo que a melhor interpretação “resultará muitas vezes do compartilhamento entre ambas”<sup>128</sup>.

Ademais, conforme Thomas Emerson, decisões importantes (sejam pessoais, sociais ou empresariais) podem depender do que se conclua sobre elas e, ao menos em princípio, é razoável imaginar que respostas mais confiáveis serão obtidas se houver espaço para discussão<sup>129</sup>.

Assim, parece-nos que também as músicas em comento contribuem para a promoção do conhecimento, ao tratar de forma natural (e mesmo divertida) de temas tabus ou pouco debatidos na sociedade. Tal entendimento, aliás, pode ser extraído de um dos votos contrários à condenação, *in verbis*:

Na outra situação, **quando** um produtor de funk ou de pagode escreve **uma letra falando de temas do cotidiano**, temos uma atuação artística **que toca num desses temas tabus, revelando um determinado comportamento** de camadas mais populares (funk ou pagode) **e os trazendo para a esfera pública de discussão**: as pessoas tomam conhecimento das músicas, ouvem, cantam e dançam aquelas músicas que repetem em ritmos populares, e ao cantar e dançar se **permitem fazer circular no "mercado das ideias" temas que envolvem a vida cotidiana de tantas pessoas: tapinha não dói? Tapa na cara é coisa de amor?** (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Não se pode deixar de notar, além disso, que as músicas em comento podem ser o ponto de partida para discussões enriquecedoras acerca da violência doméstica, da autonomia sexual da mulher ou mesmo acerca do papel da música (enquanto gênero artístico) perante à sociedade. Um exemplo bastante óbvio desta contribuição, aliás, seria este próprio trabalho, que, se não fosse pelas referidas músicas (e o debate gerado em torno delas), não existiria.

Esclarecido este ponto, passemos a análise de outro valor que é protegido pela liberdade de expressão, qual seja: a consolidação da democracia.

<sup>128</sup> MILL, John Stuart *apud* PASSOS, op. cit., p. 23.

<sup>129</sup> *apud* PASSOS, op. cit., p. 23.

#### 4.3.2.2 Consolidação da democracia

Neste caso, é bastante óbvia a contribuição da liberdade de expressão, uma vez que a livre circulação de ideias não é apenas elemento circunstancial da democracia, mas sua própria essência<sup>130</sup>.

Conforme o professor Passos (2008), o conceito de democracia ou de soberania popular é impraticável se as pessoas não tiverem o direito de falar e ouvir livremente. Se assim o fosse, consoante o autor: “o regime em questão será, desde logo no plano formal, uma oligarquia (governo de poucos), senão uma tirania (governo de um só)”<sup>131</sup>.

Note-se que tal entendimento é corroborado pela CIDH e pela Corte Interamericana, que, no já mencionado relatório sobre o assunto, pontuam que a liberdade para expressar ideias e opiniões, circular informações ou deliberar sobre assuntos polêmicos são condições indispensáveis para a consolidação, funcionamento e conservação da democracia<sup>132</sup>.

Consoante tais órgãos, a liberdade de expressão é condição necessária para prevenir o surgimento de sistemas autoritários, bem como para facilitar a autodeterminação pessoal e coletiva, de modo que é obrigação do Estado gerar condições para a ampla veiculação de ideias<sup>133</sup>.

No em caso em tela, parece-nos elementar que a livre circulação da arte somente agrega à consolidação da democracia, já que, em um país verdadeiramente livre e democrático, não parece razoável que músicas sejam censuradas em razão de seu suposto conteúdo inapropriado.

Dito isso, passemos, assim, para o próximo valor protegido pela livre circulação de atos expressivos: a autonomia e o direito de autoconsciência.

#### 4.3.2.3 Autonomia da consciência

Como visto, também a autonomia e a autoconsciência são valores resguardados pela liberdade de expressão. Afinal, se o que distingue o ser humano das demais criaturas vivas é

---

<sup>130</sup> PASSOS, op. cit., p. 21.

<sup>131</sup> PASSOS, op. cit., p. 21.

<sup>132</sup> MARINO, op. cit., p. 6.

<sup>133</sup> MARINO, op. cit., p.6

justamente a sua capacidade de raciocinar, então sua completa realização “implica o exercício de suas faculdades racionais em plenitude”<sup>134</sup>.

Assim, ter plena autonomia ou autoconsciência significa possuir a liberdade de pensar e concluir por si próprio <sup>135</sup> e de não ser submetido à qualquer dominação intelectual ou psicológica<sup>136</sup>.

Tal direito só faz sentido, porém, se o indivíduo puder expressar aquilo que está no âmbito de sua autoconsciência, isto é, se tiver liberdade de comunicar aos outros aquilo que “legitimamente crê, entende, sente, percebe ou prefere”<sup>137</sup>.

É por essa razão, então, que os atos comunicativos expressivos têm, em si mesmos, o valor social de concretizar a autonomia e a autoconsciência do indivíduo.

Neste caso, a autonomia é um valor a ser protegido não porque visa a um determinado resultado específico (como a promoção do conhecimento ou a consolidação da democracia), mas precisamente porque “o respeito ao indivíduo leva, conseqüentemente, à proteção das comunicações que definem, desenvolvem ou protegem o seu ser”<sup>138</sup>.

Afinal, se os indivíduos não puderem pensar minimamente por si mesmos, então literalmente deixam ser indivíduos. Isso porque, é justamente a autoconsciência que permite ao ser humano desenvolver todo o seu potencial, controlar seu próprio futuro ou influenciar decisões coletivas<sup>139</sup>.

Ademais, a livre expressão de consciência é importante por permitir que os seres humanos, ao compartilhar informações, saibam mais sobre si mesmos e sobre os outros e, assim, desenvolvam melhor suas ideias e concepções de mundo<sup>140</sup>. Acerca do assunto, destaca Schauer<sup>141</sup>:

**Com freqüência, alguém tem uma idéia em estágio incipiente e disforme, mas a vê desenvolver-se ou percebe as suas fraquezas no primeiro momento em que ela precisa ser articulada de forma inteligível para ser transmitida a outra pessoa. Nesse sentido, diz Schauer, a comunicação capacita quem comunica a clarear e entender melhor seus próprios pensamentos. Por outro lado, ouvir, ler e ver o que outros têm a dizer, escrever e mostrar põe o homem em contato com uma ampla variedade de**

<sup>134</sup> PASSOS, op. cit., p. 27.

<sup>135</sup> PASSOS, op. cit., p. 27.

<sup>136</sup> FARIAS, op. cit., p.66.

<sup>137</sup> PASSOS, op. cit., p. 29.

<sup>138</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p.22.

<sup>139</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p.23.

<sup>140</sup> PASSOS, op. cit., p. 27.

<sup>141</sup> *apud* PASSOS, op. cit., p. 27.

**opiniões e informações que ele pode não ser capaz de imaginar ou de formular sozinho**<sup>142</sup>. (Grifo nosso)

Note-se que, de acordo com a CIDH e a Corte Interamericana, sequer seria preciso ir muito longe para demonstrar a importância da autonomia, bastaria “sublinhar, por exemplo, que todo o potencial criativo, na arte e na cultura, na ciência e na tecnologia (...) depende (...) do respeito ao direito humano à liberdade de pensamento e de expressão”<sup>143</sup>.

Assim, frente a todo exposto, também aqui nos parece elementar que as músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói*, enquanto manifestações da autonomia e da autoconsciência do ser humano, tem em si mesmas o valor intrínseco que justifica sua livre circulação.

Afinal, se os artistas não tiverem liberdade de criação e se sentirem intimidados ao compor uma canção, onde estará a autonomia da consciência que nos distingue dos demais seres vivos? E mais: o quanto a arte pode perder com isso? Assim, a nosso ver, tal valor merece também ser levado em consideração.

Por derradeiro, resta abordar o quarto e último valor consagradamente protegido pela liberdade de expressão, qual seja, o incentivo à tolerância.

#### 4.3.2.4 Incentivo à tolerância

O quarto valor que a liberdade de expressão abarca é o incentivo à tolerância, isto é: “a função de tornar as pessoas conscientes da necessidade da tolerância”. Uma sociedade tolerante, nesse sentido, é aquela que renuncia ao impulso de punir ou hostilizar aqueles que expressam ideias dissidentes<sup>144</sup>.

Tal valor tem importância com base na premissa de que as sociedades, em sua maioria, tendem a impor ideias e práticas dominantes como regras a serem seguidas por todos, bem como a reagir com agressividade contra aqueles que não as cumprem, seja por meio de sanções legais ou sociais (a exemplo do afastamento e do estigma)<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> PASSOS, op. cit., p. 27.

<sup>143</sup> MARINO, op. cit., p. 6.

<sup>144</sup> PASSOS, op. cit., p. 32.

<sup>145</sup> Premissa que era adota por John Stuart Mill em *On liberty* (Sobre a liberdade) e que foi destacada por Lee Bollinger em *The tolerant society* (A sociedade tolerante) (PASSOS, op. cit., p.32).

Assim, as principais vítimas da intolerância seriam justamente as minorias (religiosas, raciais, étnicas, sexuais, entre outras) ou aqueles que, isoladamente, se mostrassem contrários às regras de pensamento e comportamento dominantes<sup>146</sup>.

De tal modo, uma vez admitida esta tendência, tem-se que a garantia da liberdade de expressão cumpre o papel de incentivar às pessoas a se tornarem mais conscientes da necessidade de tolerância. Desse modo, ao mesmo tempo que exige a tolerância, também a liberdade de expressão educa para esta prática<sup>147</sup>.

Note-se, aliás, que após ouvir uma variedade de opiniões, as pessoas tendem a ter mais respeito pelas visões distintas e até, em alguns casos, a considerá-las plausíveis. Assim, um importante resultado deste incentivo à tolerância seria também o de “estender liberdades civis àqueles grupos que tenham visões radicalmente distintas das suas”<sup>148</sup>.

Nesse sentido, a livre circulação das músicas *Tapa na cara e Tapinha não dói*, além dos valores já mencionados, teriam também, em si mesmas, o valor de incentivar a tolerância e, por conseguinte, de desestimular atos de agressividade contra as minorias.

A importância de incentivar a tolerância, ademais, não importa apenas ao *outro*, mas também a si próprio, já que implica em ser tolerado. Afinal, hoje são estas músicas que sofrem repressão judicial, mas e se amanhã forem as ideias, a opinião ou a arte do caro leitor? Esta é a reflexão a que nos leva o seguinte trecho de um dos votos contrários à condenação:

Mas **tenho que ser tolerante se quiser que o outro também me tolere**. Não me parece hoje que minha falecida avó tivesse direito a calar o Chico Buarque apenas porque ela se chamava Geni e porque pedras eram jogadas contra a maldita Geni da Ópera do Malandro. **Se quisermos que os outros nos tolerem, precisamos tolerar os outros**. Apenas quando o uso da liberdade se converte em abuso da liberdade é que ele se torna patológico e merece intervenção judicial. Os meus limites não estão em mim, estão nos limites do outro. **Tenho direito de me expressar e tenho dever de permitir que os outros se expressem**. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão) (Grifo nosso)

Por todo o exposto, resta bastante claro que a utilidade social das músicas não está apenas na expressão cultural que carregam em si mesmas, mas também no fato de que sua

<sup>146</sup> PASSOS, op. cit., p. 32-33.

<sup>147</sup> PASSOS, op. cit., p. 32.

<sup>148</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p.42.

veiculação agrega à democracia, ao conhecimento, à autonomia dos seres humanos e a prática da tolerância, em combate a uma tendência natural dos seres humanos de recriminar o diferente.

#### 4.3.2.5 Valores positivados

Por fim, importante frisar que todos os quatro valores mencionados não são apenas argumentos políticos ou filosóficos em prol da liberdade de expressão, mas fundamentos identificáveis na Constituição e, portanto, dotados de força normativa<sup>149</sup>.

O princípio democrático, por exemplo, está positivado no art. 1º da Carta Constitucional, que expressamente dispõe que a república federativa do Brasil é um estado democrático de direito, baseado, entre outras garantias, na soberania popular e na livre iniciativa<sup>150</sup>.

O valor da autonomia de consciência, por sua vez, está explícito no artigo 5º, incisos VI e VIII, que garantem que é “inviolável a liberdade de consciência e de crença” e que “ninguém será privado de direitos por motivo (...) de convicção filosófica ou política”<sup>151</sup>. Também implícito no art. 1º, inciso III, que estabelece o direito à dignidade da pessoa humana, cujo significado, segundo Passos (2008), é o de:

Se dignidade humana é uma locução de definição imprecisa, eis aqui um dos seus significados concretos: **impor o respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo**<sup>152</sup>. (Grifo nosso)

Já o valor da promoção do conhecimento está positivado no art. 5º, inciso IV, que estabelece que a atividade intelectual, artística e científica está imune à censura. Também no art. 206, incisos II e III, que garantem a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” e “o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas”. Destaque-se ainda o art. 215, *caput*, que não apenas garante o pleno exercício e o acesso às fontes de cultura, como expressamente estabelece que é dever do Estado apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

---

<sup>149</sup> PASSOS, op. cit., p.35-39.

<sup>150</sup> PASSOS, op. cit., p. 35-39.

<sup>151</sup> PASSOS, op. cit., p. 35-39.

<sup>152</sup> PASSOS, op. cit., p. 36.

Por fim, o incentivo à tolerância é identificado no preâmbulo da Carta Maior, que assume como sendo objetivo da Constituição, o de constituir “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [de idéias, inclusive]<sup>153</sup>, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna (...), com a solução pacífica das controvérsias”<sup>154</sup>.

Assim, tem-se que o valor das ideias não está apenas no conteúdo transmitido, mas na compatibilidade com os fundamentos de sua proteção. Desse modo, quando a expressão comunicativa colaborar com a democracia, a construção do saber, a consolidação da auto consciência ou, indiretamente, ensinar o respeito à divergência (tolerância), então, consoante o professor Passos (2008), terá aptidão para circular livremente<sup>155</sup>.

Note-se que, conforme a CIDH e a Corte Interamericana, a liberdade de expressão representa não apenas a proteção destes quatro valores, mas inclusive a ferramenta-chave para o exercício dos demais direitos fundamentais, entre os quais: o direito à participação, à liberdade religiosa, à educação, à identidade étnica ou cultural e a igualdade, entendida como o direito a não discriminação e o ao gozo de certos direitos sociais básicos<sup>156</sup>.

Resta indubitável, portanto, a importância da liberdade de expressão perante o ordenamento jurídico e, em consequência, da necessidade (obrigatoriedade) de abstenção estatal perante os conteúdos que possuem valor expressivo.

Assim, afastadas as premissas de que as músicas em comento: incitariam a violência, retratariam a mulher com inferioridade ou de que não teriam qualquer utilidade social, resta analisar o próximo fundamento que embasou a condenação das gravadoras: o de que, no caso em tela, o dano seria presumido.

#### 4.4 DANO PRESUMIDO: COM BASE NO QUÊ?

Conforme exaustivamente demonstrado no segundo capítulo, os julgadores favoráveis à condenação entenderam que, no caso em concreto, não seria necessário demonstrar o dano moral sofrido pelas mulheres, já que este seria presumido em razão do conteúdo das canções.

---

<sup>153</sup> Observação feita por PASSOS, op. cit., p. 37.

<sup>154</sup> PASSOS, op. cit., p.35-39.

<sup>155</sup> PASSOS, op. cit., p.37.

<sup>156</sup> MARINO, op cit., p. 6.

Assim, o presente tópico tem por objetivo verificar se referido argumento encontra respaldo (*leia-se: mostra-se prudente*) frente aos princípios que informam a responsabilidade civil. Para tanto, num primeiro momento, é preciso compreender o papel do dano na teoria da responsabilidade civil e, após, o conceito e os requisitos que o sustentam.

#### 4.4.1 Papel do dano na responsabilidade

A palavra responsabilidade tem origem no latim (*responsus*), que sugere a ideia de *responder por seus atos*. Assim, o conceito por trás da responsabilidade civil é de que o lesante deve responder pelo prejuízo causado ao lesado porque responsável pelos efeitos decorrentes de suas ações<sup>157</sup>.

Savatier (1939), nesse sentido, definiu a responsabilidade civil como sendo a obrigação de reparar um dano causado a *outrem* em decorrência da infração de um dever legal ou contratual. Desse modo, a função precípua da responsabilidade civil é a de reparar o prejuízo causado à pessoa, ao patrimônio ou aos interesses coletivos ou transindividuais<sup>158</sup>.

Assim, a doutrina é unânime em afirmar que não há dever de reparar (responsabilidade civil) se não houver dano, sendo este entendido como a lesão ao direito ou a interesse previsto no ordenamento jurídico<sup>159</sup>. Em outras palavras: “ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado um dever jurídico preexistente”<sup>160</sup>.

Conclui-se, desse modo, que as gravadoras *Sony Music* e *Furacão 2000* somente podem ser condenadas ao pagamento de indenização se, de fato, a veiculação das canções *Tapa na cara* e *Tapinha não dói* tenha causado dano moral às mulheres. Imperioso compreender, assim, o conceito e os requisitos por trás do dano moral.

#### 4.4.2 Breve histórico do dano moral

O entendimento de que o dano moral deve ser reparado existe desde os primórdios da civilização. As primeiras legislações que trataram do tema foram o Código de Ur-Nammu e a

---

<sup>157</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41.

<sup>158</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 42-43.

<sup>159</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 68.

<sup>160</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 43

Lei das Doze Tábuas, que, no entanto, permitiam a indenização do dano psicológico decorrente apenas de agressão física<sup>161</sup>.

O Código Manu (codificação hindu), por sua vez, permitia também a reparação do dano advindo de outros fatores e, inclusive, que este fosse ressarcido financeiramente. Já o Código de Hamurabi, editado em cerca de 1.772 a.C., previa que o causador do dano ressarcisse o lesado em prestação equivalente ao prejuízo<sup>162</sup>.

No Brasil, porém, o assentamento deste entendimento foi tardio e começou a ganhar importância somente no início de 1900, quando alguns autores, baseados no Decreto nº 2.681 de 1912 (que previa a responsabilidade civil das estradas de ferro por reparabilidade de lesão corpórea ou deformidade) passaram a admitir tal possibilidade<sup>163</sup>.

A aceitação plena da possibilidade de reparação dos danos morais, por sua vez, ocorreu somente com a promulgação da Constituição de 1988<sup>164</sup>, que, por meio do art. 5º, inciso X, assegurou que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>165</sup>.

Assim, compreendido o histórico e o fundamento legal que sustenta a reparação por dano moral, resta compreender seu conceito, bem como os requisitos para sua configuração.

#### 4.4.3 Conceito e requisitos do dano moral

Consoante Florindo (1996), o dano moral corresponde à dor ou sentimento de tristeza causado pela lesão à honra ou à paz interior do ser humano, que lhe cause mal “com fortes abalos na personalidade”<sup>166</sup>.

Já, segundo Zenun (2004), o dano moral não corresponde à dor, em si, “mas aos efeitos maléficos produzidos pela dor (...) que, ao invadir a alma, provocam apatia, morbidez mental” e deixam “marcas indeléveis no ofendido”<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> VIEIRA, op. cit., p. 78 -79.

<sup>162</sup> VIEIRA, op. cit., p. 133-134

<sup>163</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil**/ Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 80.

<sup>164</sup> VIEIRA, op. cit., p. 133-134

<sup>165</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 26/10/2016.

<sup>166</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 140

<sup>167</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 140

Na visão de Cahali (2006), por sua vez, o dano moral compreende tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana e lhe fere seriamente os valores fundamentais inerentes à personalidade<sup>168</sup>.

Conforme a Corte Superior, ademais, para que reste configurado o dano moral é necessário haver agressão que “exacerbe a naturalidade dos fatos da vida” e que cause “fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (RSTJ 150/382)<sup>169</sup>. O dano psicológico deve apresentar, assim, certa magnitude para ser assim reconhecido<sup>170</sup>.

Note-se, portanto, que não é toda dor, desconforto ou desgosto que gera dano moral (e, por conseguinte, a obrigação de indenizar), mas somente aquela que cause mal considerável ao atingido. Nesse sentido, o dissabor natural da vida, comum à convivência em sociedade, não possui interesse ao direito e não gera o dever indenizar<sup>171</sup>.

Em complementação, Oliveira (2006) afirma ainda que, para haver dano moral, é necessário a ocorrência de dolo, temeridade ou má-fé do agente (RSTJ 106/227)<sup>172</sup>.

Além disso, consoante Diniz (2007), para que o dano seja indenizável é preciso também a certeza ou efetividade do dano, não podendo a lesão ser hipotética<sup>173</sup>. Também Cavalieri Filho (2007) afirma que a gravidade do dano deve ser medida tendo por base padrões objetivos de conduta, e não subjetivos<sup>174</sup>.

Desse modo e a partir dos trechos colacionados, conclui-se que, para que reste configurado o dano moral, é preciso que a lesão psicológica ultrapasse os fatos naturais da vida em sociedade; que o agente causador do suposto dano tenha, no mínimo, agido com temeridade e, por fim, que existam provas mínimas do abalo sofrido.

Dessa forma, parece-nos temerário, no caso em tela, presumir que houve abalo anímico por três razões: 1º) porque não nos parece que a veiculação das canções causem nas mulheres abalo grave e sério que justifique a indenização; 2º) porque não aparenta, igualmente, que as gravadoras tenham agido com temeridade na veiculação das canções e 3º) porque não existem quaisquer provas ou indícios do prejuízo sofrido ou de que este possa ser presumido.

---

<sup>168</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 141

<sup>169</sup> VIEIRA, op. cit., p. 142

<sup>170</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, *apud* Santos (2003, p. 243), p. 92.

<sup>171</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 141.

<sup>172</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 142.

<sup>173</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 137.

<sup>174</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 91.

De acordo com Rui Stoco (1999), aliás, a afirmação de que o dano moral não depende de provas merece muito cuidado. Segundo o autor, ainda que seja difícil demonstrar a ocorrência de um abalo psicológico, não basta a mera afirmação enquanto prova, é preciso poder extrair do fato ocorrido o seu resultado, com reflexos negativos para a suposta vítima<sup>175</sup>. O que significa dizer, em suas palavras:

**Que o dano em si, não depende de prova** ou aferição do seu *quantum*, **mas** o fato e **os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos** que esses reflexos decorram da natureza das coisas e **levem à presunção segura de que a vítima, em face das circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo**, seja com relação ao seu *vultus*, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante (STOCO, 1999, p. 1382)<sup>176</sup>. (Grifo nosso)

Assim, ao auferir o dano moral, é papel do Juiz agir com prudência, medindo as circunstâncias e ponderando os elementos probatórios na busca pela verdade, “separando sempre o joio do trigo, o lícito do ilícito, o moral do imoral, as aspirações justas das miragens de lucro”<sup>177</sup>.

Isso porque o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito. Enquanto a moral abarca uma série de fatores (éticos, morais e ideológicos), a regra jurídica se “esgota em manter a paz social, e tal paz só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo”<sup>178</sup>.

Desse modo, haverá situações em que a falta do agente é tão simplória que o prejuízo sequer poderia ser previsto, “não impondo a moral necessariamente a reparação do prejuízo causado, como determina o direito”<sup>179</sup>.

Assim, ainda que, no caso em tela, se possa questionar a ética das referidas letras, não nos parece que seja possível presumir a ocorrência de um dano às mulheres quando não há provas mínimas do potencial ofensivo das músicas ou de circunstâncias que levem a presunção segura de que estas causam abalo psicológico considerável. Este parece ser, em verdade, um típico caso no qual “o joio deve ser separado do trigo”; a moral, do direito.

<sup>175</sup> *apud* VIEIRA, op. cit., p. 92.

<sup>176</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, *apud* Santos (2003, p. 243), p. 92 e 93.

<sup>177</sup> SILVA (2003, p. 630) *apud* VIEIRA, op. cit., p. 136.

<sup>178</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, *apud* Santos (2003, p. 243), p. 53

<sup>179</sup> **Teoria Geral da Responsabilidade Civil/** Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, *apud* Santos (2003, p. 243), p. 53.

Dito isso, resta por fim analisar o último fundamento que teria embasado a decisão, o de que, entre o direito à liberdade de expressão e o direito de proteção da mulher contra à violência, deveria prevalecer este último. Ponto que será analisado no próximo tópico.

#### 4.5 PONDERAÇÃO: TÉCNICA OU MALABARISMO?

Como visto no segundo capítulo, outro fundamento que sustentou a decisão foi o de que, entre a liberdade de expressão e o direito a não violência (entendido também, na visão dos julgadores, como o direito à dignidade da pessoa humana), deveria prevalecer este último.

O objetivo deste tópico consiste, assim, em verificar se tal fundamento tem sustentação lógica e se, a luz do ordenamento jurídico, soa prudente e razoável. Para tanto, é necessário primeiramente compreender as premissas que sustentam a ponderação de princípios e, então, com base nelas, analisar o caso em concreto.

##### 4.5.1 Premissas por trás da ponderação

A *teoria externa dos limites dos direitos constitucionais*, que embasa a necessidade de ponderação entre dois direitos<sup>180</sup>, parte da premissa de que, frente ao elevado número de direitos fundamentais previstos na Constituição, é provável que em determinadas situações estes venham a se chocar<sup>181</sup>.

Assim, “em situações nas quais certos direitos seriam, a princípio, aplicáveis, apresentam-se como antagônicos”, devendo então um deles ceder, parcial ou totalmente, em favor do outro<sup>182</sup>.

Robert Alexy, grande expoente desta técnica hermenêutica<sup>183</sup>, esclarece que a teoria parte da pressuposição de que os direitos fundamentais abrangem dois campos: “primeiro, o *direito em si*, que não está restringido, e, segundo, o que sobra quando se colocam as restrições”, isto é, o *direito restringido*<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> PEREIRA, op. cit, p. 14.

<sup>181</sup> PEREIRA, op. cit., p. 3.

<sup>182</sup> PEREIRA, op. cit., p. 3.

<sup>183</sup> PEREIRA, op. cit., p. 16.

<sup>184</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 14.

Assim, por esta teoria, na colisão entre dois direitos fundamentais cumpre ao intérprete, primeiramente: identificar o *conteúdo do direito envolvido*, através da leitura mais ampla possível e, após, definir *seus limites externos*, a partir da harmonização com os direitos que se apresentem contrapostos no caso em concreto<sup>185186</sup>.

A teoria parte da ideia, portanto, de que, em determinadas situações, é possível que determinados direitos fundamentais assumam maior peso que outros e de que esta análise deve ser feita mediante um juízo de ponderação “que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade”<sup>187</sup>.

Assim, esclarecidos estes pontos, cumpre avaliar a aplicação da teoria ao caso em concreto, o que será feito no próximo tópico.

#### 4.5.2 Teoria aplicada ao caso concreto

O primeiro ponto a ser considerado na análise do caso concreto é de que, para ponderar dois direitos, é necessário, como visto no tópico anterior, que haja colisão entre eles.

Assim, quando os julgadores dizem que a proteção da mulher deve prevalecer à liberdade de expressão, pressupõe-se que estão a dizer que, no caso em concreto, estes dois princípios colidem.

Mas, o que isso significa? De acordo com o dicionário brasileiro da língua portuguesa (Michaelis)<sup>188</sup>, o termo *colisão* pode ser definido como o:

- 1 Ato ou efeito de colidir.
- 2 **Embate recíproco de dois ou mais corpos**; choque.
- 3 Abalroamento de veículos; batida, trombada.
- 4 Luta entre facções, ideologias, partidos; conflito, embate.
- 5 Fato ou situação adversa que gera aborrecimento; contrariedade, contratempo.
- 6 **Extrema discordância; divergência**.
- 7 **Situação que apresenta** problemas de difícil solução, com **opções conflitantes** para a tomada de uma decisão; aperto, indecisão.
- 8 Gram Aliteração que resulta em um efeito sonoro desagradável.
- 9 Fís V **choque**. (Grifo nosso)

<sup>185</sup> Note-se que é por essa razão que intitula-se: *teoria externa dos limites constitucionais*, já que os limites dos direitos fundamentais seriam definidos a partir de fatos externos (em cada caso concreto), e não estabelecidos aprioristicamente.

<sup>186</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 16-18.

<sup>187</sup> PEREIRA, op. cit., p. 19.

<sup>188</sup> MICHAELIS: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2015.

Assim, sob o ponto de vista jurídico, a colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental colide com o outro ou, em termos mais claros, quando o comportamento do titular do direito abrange o âmbito de proteção de outro direito fundamental<sup>189</sup>.

Hans Kelsen, em consonância, esclarece que um conflito real ocorre quando: “uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”<sup>190</sup>.

Assim, dizer que no caso em concreto a liberdade de expressão e a proteção à violência colidem pressupõe<sup>191</sup> a existência de duas premissas: a) a de que, no caso em tela, ou as mulheres são violentadas pela veiculação das músicas ou as gravadoras exercem a liberdade de expressão e b) a de que, em outras circunstâncias (que não essa) é possível que a liberdade de expressão prevaleça sobre a proteção contra a violência.

A primeira premissa nos parece equivocada porque parte da ideia de que as músicas em comento de fato agridem às mulheres, o que, como visto, não nos parece razoável afirmar (por todos os motivos já elencados: não enquadramento legal, ausência de provas, questão de interpretação e caráter *expressivo* das músicas). Assim, uma vez admitida a inexistência de violência, não há que se falar em choque de direitos e, por conseguinte, na prevalência da proteção à mulher sobre a liberdade.

A segunda premissa nos parece igualmente insustentável pelo fato de que parte da ideia de que, em algum momento, a violência poderia prevalecer sobre a liberdade de expressão, quando, em regra, estes dois conceitos não se confundem. Quando há violência, não há exercício da liberdade de expressão, e vice-versa. Sobre o tema, disserta Passos (2008):

**Não se compreenderia** que a ameaça e a calúnia constituíssem, no comum das legislações nacionais, **atos comunicativos puníveis como crime se a norma** constitucional **da liberdade de expressão fosse entendida no sentido de tornar incensuráveis todas e quaisquer espécies de comunicação**, independentemente de suas finalidades e efeitos. **Se assim se entendesse, a lei penal que as proibisse**, por ser inferior à constituição, **teria de ser declarada inválida**. Quem ameaçasse ou caluniasse estaria apenas no regular exercício de um direito. **Existem, portanto, situações bastante óbvias de comunicações não protegidas, a respeito das quais dificilmente haverá polêmica** quanto à

<sup>189</sup> FARIAS, op. cit., p. 46.

<sup>190</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 2006, p. 228-229.

<sup>191</sup> Exercício lógico com base no conceito da palavra *colisão*.

inexistência de qualquer incompatibilidade entre a censura criminal e o direito constitucional<sup>192</sup>. (Grifo nosso)

Assim, do ponto de vista lógico, para que a liberdade de expressão tivesse que *ceder espaço* para a proteção das mulheres seria necessário que, no caso em concreto, a veiculação das músicas efetivamente consistisse em um ato de agressão. Neste caso, inclusive, a liberdade de expressão não *deixaria de prevalecer*, em verdade, ela sequer *existiria*: pois se estaria diante de um ato de violência, e não de um ato de expressão.

Assim, consoante Passos (2008), em uma suposta colisão entre a liberdade de expressão e um ilícito penal, o que se poderia seriamente questionar é se a conduta do acusado de fato se encaixa na descrição legal, isto é, se contém todos os requisitos que caracterizam a figura penal. A controvérsia, neste caso, seria quanto à tipicidade e não quanto à constitucionalidade<sup>193</sup>.

Dessa forma, não seria o caso de ponderar os princípios em jogo (quer dizer: de verificar qual direito, em tese, deve prevalecer), mas o caso de delimitar os contornos do direito da liberdade de expressão, isto é: identificar quais atos comunicativos estão abarcados na norma e quais não estão e, por conseguinte, em qual das categorias estão as músicas em apreço.

Tal forma de encarar e enxergar o problema tem por base a *teoria interna dos direitos fundamentais*<sup>194</sup>, pela qual, em uma suposta colisão de direitos, o foco da análise não deve ser a ponderação de princípios, mas “a determinação dos *confins dos direitos*, isto é, de sua *esfera normativa* ou *âmbito de proteção*”<sup>195</sup>.

Assim, os adeptos desta tese, em vez de afirmarem, por exemplo, que a liberdade de expressão é limitada pelo direito à honra e à imagem, diriam que: “as condutas humanas são ou não são protegidas pelos direitos, ou seja, estão ou não incluídas em suas esferas de proteção”<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> PASSOS, op. cit., p. 7.

<sup>193</sup> Observação: em seu livro, o professor não utiliza a expressão ilícito penal de forma genérica, mas se refere aos ilícitos: calúnia e a ameaça. No entanto, da leitura geral da obra, nos parece que o raciocínio delineado é válido para os demais ilícitos penais também.

<sup>194</sup> Chama-se *teoria interna dos limites dos direitos fundamentais*, justamente porque esta se contrapõe a *teoria externa* (estabelecida por Robert Alexy e abordada no primeiro tópico, a qual parece ter sido a base para os julgadores do caso em concreto). Note-se que a teoria se intitula: *teoria interna*, porque, para seus adeptos, o limite dos direitos fundamentais não ocorre com a contraposição a *fatores externos*, e sim é definido aprioristicamente na própria Constituição. Assim, consoante Friedrich Müller, maior expoente da teoria, “os problemas interpretativos que envolvem direitos fundamentais não devem ser resolvidos em duas etapas (delimitação de seu conteúdo e harmonização com outros direitos) [conforme estabelece a primeira teoria]”, mas resolvidos em uma só vez “no qual *ab initio* os limites imanentes são projetados no interior do mesmo, recortando-se assim, aprioristicamente, a genérica esfera de liberdade que dá vida ao direito”. PEREIRA, op. cit., p. 10.

<sup>195</sup> PEREIRA, op. cit., p. 11.

<sup>196</sup> PEREIRA, op. cit., p. 11.

Os partidários desta teoria defendem, desse modo, a incoerência lógica da ponderação de princípios e refutam a existência de colisão entre direitos fundamentais. As chamadas colisões, por este viés, seriam *pseudocolisões*, já que o conflito aparente entre as normas se resolveria no momento em que identificado o campo de atuação dos direitos envolvidos<sup>197</sup>.

Assim, segundo Friedrich Müller (principal expoente desta teoria), em um suposto conflito, a tarefa do intérprete não é a de ponderar qual direito deve prevalecer, mas sim a de identificar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, já que “se trata unicamente de um problema dogmático de interpretação do conteúdo do direito em questão”<sup>198</sup>.

Isso porque, para os defensores desta teoria, os direitos fundamentais não podem sofrer limitações, mas apenas de delimitações, as quais cingem-se em “desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto”. Desse modo, cumpre ao intérprete judicial tão somente identificar os contornos constitucionais do direito fundamental e verificar “sua adequação à questão de fato apreciada”<sup>199</sup>.

Em consonância, o espanhol Otto y Pardo, adepto da teoria, sustenta que “o verdadeiro fundamento do juízo acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do limite encontra-se em sua adequação ou inadequação ao bem oposto ao direito”, e não na relação de ponderação entre esses dois últimos<sup>200</sup>.

Na mesma linha, Martinez-Pujalte, simpatizante da mesma ideia, pondera que: “para além dos contornos que os delimitam não pode existir proteção constitucional do direito fundamental e, de outro lado, dentro deles, a proteção constitucional é absoluta”<sup>201</sup>.

Também Tomás de Domingo defende que: “o exercício de um direito fundamental acha-se internamente limitado pelas exigências do bem jurídico protegido”, razão pela qual “não entra em colisão com interesses coletivos ou outros direitos fundamentais”<sup>202</sup>.

Não destoam igualmente o entendimento de Pedro Serna e Fernando Toller, para os quais “os direitos não têm e nem necessitam de limites externos, mas são delimitáveis através da tarefa legislativa”, cabendo ao juiz a tarefa de traçar-lhes o âmbito onde é justo exercê-los<sup>203</sup>.

---

<sup>197</sup> PEREIRA, op. cit., p. 10.

<sup>198</sup> PEREIRA, op. cit., p. 10.

<sup>199</sup> PEREIRA, op. cit., p. 9.

<sup>200</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 10-11.

<sup>201</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 11.

<sup>202</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 13.

<sup>203</sup> *apud* PEREIRA, op. cit., p. 13.

Consoante tais teóricos, o problema da *teoria externa* e, conseqüentemente, da conhecida técnica de ponderação de princípios, é que esta deflui de uma “teoria individualista que concebe as pessoas como seres isolados, sem tomar em conta sua inserção no contexto social e comunitário”<sup>204</sup>.

Ademais, a preocupação central dos adeptos da *teoria interna* é a de retirar o subjetivismo do processo interpretativo e, por conseguinte, evitar o enfraquecimento dos direitos fundamentais. Para tais teóricos, o processo de identificação dos direitos envolvidos confere maior segurança e previsibilidade jurídica, bem como se mostra mais adequado à noção dos direitos fundamentais<sup>205206</sup>.

É importante notar, porém, que não são apenas os defensores da *teoria interna dos direitos fundamentais* que defendem que o método de ponderação de princípios carrega subjetividade e, muitas vezes, consiste em um meio para arbitrariedades. Outros autores também questionam e debatem este ponto, conforme será abordado no tópico seguinte.

#### 4.5.3 Críticas da ponderação de princípios

Sankievicz (2011) é um destes críticos. Conforme o autor, julgar casos que envolvam a liberdade de expressão a partir do princípio da proporcionalidade não garante nem a segurança jurídica, nem uma correta conformação entre a livre expressão e outros princípios constitucionais.

Segundo o autor, caso não haja dados empíricos a dar sustentáculo a uma determinada opção, conceitos como *adequação* e *proporcionalidade*, “longe de serem determinados racionalmente, serão consequência da decisão de um pequeno grupo de julgadores, com sua visão particular de mundo”<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> PEREIRA, op. cit., p. 17.

<sup>205</sup> PEREIRA, op. cit., p. 12.

<sup>206</sup> Importante mencionar que a *teoria interna* também é objeto de críticas pela *teoria externa*. Sustenta-se, por exemplo, que “o alto grau de abertura semântica das normas de direito fundamental, aliado à complexidade dos problemas concretos”, torna evidente a dificuldade enfrentada na prática: de se “precisar os contornos dos direitos de forma inequívoca” (PEREIRA, op. cit., p. 27). Tal crítica não foi expressamente abordada no trabalho, por duas razões: primeiro, porque a autora está mais harmonizada com a *teoria interna* e, segundo porque, no caso em análise, não parece difícil antever que a *liberdade artística*, bem como a *liberdade de opinião*, estão abarcadas pela *liberdade de expressão*.

<sup>207</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p. 39.

Assim, embora alguns teóricos defendam a ponderação de princípios em respeito ao relativismo e a flexibilidade típicos da sociedade moderna, na visão do autor, tal técnica hermenêutica deve ser vista com muita cautela. Uma vez que “saber como proceder para que um intérprete que não é neutro, nem objetivo, faça uma escolha racional entre valores contraditórios” é um grande desafio na pós-modernidade<sup>208</sup>.

Isso porque, consoante o pesquisador, o que frequentemente definirá a intervenção estatal em determinado direito fundamental será sempre, em última análise, um juízo de valor, e não um juízo racional. O perigo está, portanto, em “juízes aplicarem seus valores particulares ao caso concreto, conferindo-lhe apenas uma roupagem jurídica”<sup>209</sup>.

Também Grau (2005) destaca que, ainda que os princípios vinculem o julgador, a neutralidade política do intérprete é uma ficção jurídica, que só existe nos livros. “Na prática do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas”<sup>210</sup>.

Para demonstrar a volatilidade da interpretação, Grau traz em seu livro, a *metáfora da Vênus de Milo*. Segundo a anedota, se entregarmos três blocos de mármore para três escultores diferentes e lhes encomendarmos a *Vênus de Milo*, o resultado nunca será o mesmo. E, neste caso, a diferença não será porque cada um dos escultores *criou* sua própria *Vênus de Milo*. Em verdade, cada uma delas já se encontrava em cada um dos blocos e os escultores apenas fizeram com que elas *brotassem* “tal como se encontravam, ocultas, no seu cerne”. “Vê-se, assim, que diferentes intérpretes (...) produzem, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas”<sup>211</sup>.

Lyra (2006), na mesma linha, afirma que, entre o direito e a justiça, “muitas nuvens ideológicas recobrem a nua realidade das coisas”<sup>212</sup>. E, ao tratar do termo *ideologia*, mais à frente em seu livro, o autor destaca que esta é uma crença desprovida de reflexão, que traduz uma deformação inconsciente da realidade<sup>213</sup>. Conforme o autor:

**Não vemos os subterrâneos de irreflexão em que a fomos buscar, ao contrário, ela nos traz a ilusão de uma certeza tal, que nem achamos necessário demonstrá-la. Raciocinamos a partir dela, mas não sobre ela. (...) A ideologia, como crença falsa, leva-nos, portanto, à abordagem da falsa consciência. E essa última se exprime com tanto mais vigor quanto**

<sup>208</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p. 39 (nota de rodapé).

<sup>209</sup> SANKIEVICZ, op. cit., p. 39 (nota de rodapé).

<sup>210</sup> GRAU, op. cit., p. 51.

<sup>211</sup> GRAU, op. cit., p. 29-30.

<sup>212</sup> LYRA, op. cit., p. 7.

<sup>213</sup> LYRA, op. cit., p. 19.

**mais frágeis** (isso é, falsos) são **os seus presumidos fundamentos**. **Esses passam a guiar**, então, **as nossas atitudes e raciocínios como “evidências desvairadas”**. O escritor francês Alain dizia que se trata de um “delírio declamatório”, na medida em que repetimos tranquilamente (e, se contestados, repetimos exaltadamente) os maiores e mais convictos despropósitos”<sup>214</sup>. (Grifo nosso)

Sundfeld (2014), *autor do livro Direto Administrativo para céticos*, é também um crítico do julgamento baseado apenas na ponderação de princípios. Consoante o pesquisador, que tem como foco de pesquisa o direito administrativo, mas cujas conclusões aqui também se aplicam: “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ (...), em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”<sup>215</sup>.

De acordo com o autor, o intérprete do direito, ao dar soluções jurídicas, tem o dever de respeitar o campo de atuação de cada instituição, comparar normas e opções, causas e consequências, vantagens e desvantagens. Para ele, não bastam boas intenções, invocar ou elogiar princípios, pois estes se encontram no mundo das arbitrariedades, e não do direito<sup>216</sup>.

Nesse sentido, Sundfeld (2014) esclarece que o problema não está na utilização de princípios como fonte de julgamento, mas precisamente na facilidade que estes podem oferecer para os “espertos e para os preguiçosos”:

**O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio** (...). É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis **para esconder a superficialidade de sua decisão**. Espertos e preguiçosos sempre existirão: **o mal é que sua esperteza fique oculta**, por conseguirem iludir os espectadores **com truques de mágica** – com a simples declaração de princípios<sup>217</sup>. (Grifo nosso)

O contratempo, portanto, está no uso retórico dos princípios como instrumento “facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”. Isto porque, conforme Sundfeld (2014): “belos princípios ninguém tem coragem de refutar, e muita gente se sente autorizada a tirar conclusões bem concretas apenas recitando fórmulas meio poéticas (aliás, de preferência muitas delas – como se (...) aumentasse a força da conclusão)”<sup>218</sup>.

De acordo com o pesquisador, discussões que ficam neste plano de generalização não são suficientes para alcançar soluções concretas, uma vez que, nesta altura do debate, “quase

<sup>214</sup> LYRA, op. cit., p. 19.

<sup>215</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60.

<sup>216</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 61.

<sup>217</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 70.

<sup>218</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 80.

todo mundo tem alguma razão no que diz". Questiona o autor: devemos decidir "nas nuvens" se, por exemplo, a legalidade ou a razoabilidade devem prevalecer, ou "baixar à Terra?"<sup>219</sup>.

Conforme Sundfeld, o que ocorre na prática é que muitos juízes têm preferido ficar "nas nuvens" à "baixar à Terra", já que "isso lhes permite decidir de acordo com as sensações que tirem de cada processo, mesmo à custa de contradições". Ocorre que, neste plano, quando a decisão representa "meras ideias soltas" e princípios são alternados "conforme se queira condenar ou absolver", a tarefa de combater os argumentos se torna um grande desafio<sup>220</sup>.

Um exemplo, aliás, de como um mesmo princípio pode ser utilizado para condenar ou para absolver pode ser extraído da própria decisão aqui em análise. Vejamos porque:

No caso em concreto, vimos que o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado para condenar as gravadoras em nome da proteção da dignidade da mulher. No entanto, caso se quisesse resultado diametralmente oposto, a partir do mesmo princípio, bastaria, por exemplo, invocar as seguintes palavras de Ronald Dworkin:

Na perspectiva subjetiva individual, também é a teoria formulada por Ronald Dworkin (...) de que todos os direitos fundamentais devem ser levados a sério porquanto são essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana. Desta forma, **a coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão e comunicação para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana**<sup>221</sup>. (Grifo nosso)

Ou, ainda, a seguinte conclusão do professor João dos Passos (2008), *in verbis*:

**Se dignidade humana é uma locução de definição imprecisa, eis aqui um dos seus significados concretos: impor o respeito à natureza essencial do homem** como ser capaz de razão, à sua habilidade **de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo**<sup>222</sup>. (Grifo nosso)

Note-se que, ao tratar da volatilidade dos discursos jurídicos, Grau (2005) aponta inclusive uma proximidade do discurso de direito com o discurso mítico, ao esclarecer que este último "comporta variantes, versões múltiplas que o narrador tem a sua disposição, e que escolhe em função das circunstâncias, de seu público e de suas preferências, podendo cortar, acrescentar e modificar o que lhe parecer conveniente".

<sup>219</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 80.

<sup>220</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 81.

<sup>221</sup> *apud* FARIAS, op. cit., p. 67.

<sup>222</sup> PASSOS, op. cit., p. 36.

Conforme o professor Marcelo Pinto Neves, em palestra acerca da teoria da interpretação<sup>223</sup>, o problema da utilização de princípios como critério de decisão está justamente no fato de que um mesmo direito pode ser utilizado para sustentar situações incompatíveis entre si. Para o professor, a solução para o impasse, tal como proposto pelos adeptos da *teoria interna*, seria delimitar os campos de incidência dos princípios.

Consoante Sundfeld (2014), ademais, o ponto a que quer chegar com estas ponderações é muito simples e elementar, e com o qual possivelmente todo mundo concorde, o de que:

**ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais**. Mas o “status principiológico” de certas palavras, expressões e frases tem servido demais **para mascarar a falta de critérios**. Para muitos juízes, **usar fórmulas mágicas** meio vazias para resolver o cotidiano **é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes**<sup>224</sup>. (Grifo nosso)

Para o autor, o método para evitar esse tipo de subjetividade seria exigir dos juízes que enunciem com clareza e precisão “a regra, que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada” para resolver os casos concretos, devendo os julgadores, para tanto, estudar com profundidade a realidade em que vão mexer e os possíveis impactos da nova regulação<sup>225</sup>.

Do contrário, conforme o Sundfeld, estaremos diante de decisões que flutuam “ao sabor das instituições e dos azares, em resumo: pura feitiçaria”. Consoante insiste em dizer em seu livro: “citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e mais páginas de elogios, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça”.

Assim, frente a todas estas ponderações, parece-nos inadequada a utilização da ponderação de princípios para solucionar o caso em apreço: um, porque em termos lógicos, o raciocínio utilizado não se sustenta e, dois, pelo fato de que esta técnica hermenêutica envolve uma série de questões subjetivas que não parecem atender aos fins do direito e da justiça.

Por fim, resta apenas analisar os dispositivos legais que embasaram a decisão, para que todos os critérios que embasaram a decisão tenham sido efetivamente apreciados.

---

<sup>223</sup> Seminário organizado pelo Conselho Federal de Justiça acerca da: “Teoria da Decisão Judicial - Da interpretação da Lei à Interpretação do Direito”. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>. Trecho correspondente à palestra: 1:34 à 1:50. Acesso em: 10/06/2016.

<sup>224</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 81.

<sup>225</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 83.

#### 4.6 DEVER DE PROTEÇÃO: CONTRA O QUÊ?

Como visto detidamente no segundo capítulo, os fundamentos jurídicos que embasaram a condenação das gravadoras foram essencialmente: o dever do Estado de combater qualquer forma de *discriminação* ou de *violência contra a mulher*, inclusive psicológica (art. 227, *caput* – Constituição Federal e art. 5º, *caput* e art. 7ª, inciso II – Lei “Maria da Penha”), bem como a necessidade de que os *programas de rádio e televisão* respeitem os *valores sociais da pessoa e da família* (art. 221, inciso IV e art. 220, § 3º, inciso II – Constituição Federal).

No que tange ao primeiro fundamento legal, acredita-se serem desnecessárias maiores digressões. Isto porque, conforme já frisado em tópicos anteriores, para que fosse possível invocar o dever do Estado de proteger a mulher contra a violência (inclusive psicológica) ou contra a discriminação, seria necessário que as músicas em comento de fato consistissem em atos discriminatórios ou em atos de violência (fato que, como visto, em momento algum foi comprovado nos autos).

No que toca ao segundo fundamento legal, parece-nos igualmente inviável a aplicação: não apenas porque as gravadoras claramente não são *programas de rádio e televisão*, mas especialmente porque a expressão *valores sociais e da família* é notadamente subjetiva. Então retratar cenas íntimas entre um casal desrespeita tais valores? Afinal, qual o critério? É fácil perceber que, em última análise, a interpretação dada a este dispositivo legal será sempre moral, e não jurídica.

De outro lado, se a questão é encontrar embasamento legal para a conduta das gravadoras, outros dispositivos constitucionais (mencionados no decorrer do trabalho) devem ser também trazidos à análise, abaixo discriminados:

- Art. 170, parágrafo único: que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal (salvo apenas se a lei a exigir)<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

- Art. 220, *caput* e § 2º: que dispõe que a criação e a expressão, sob qualquer veículo, não sofrerão qualquer restrição, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza ideológica ou artística<sup>227</sup>.

- Art. 5º, *caput*, e incisos IV, VI, VIII e IX: que asseguram que é direito de todos os brasileiros a inviolabilidade à liberdade, sendo livre a manifestação do pensamento e a expressão da atividade artística independentemente de censura, inviolável a liberdade de consciência e de crença ou a privação de direitos por motivo de crença ou convicção política<sup>228</sup>.

- Art. 216, *caput* e incisos I e III: que estabelece que as formas de expressão e as criações artísticas, tomadas individualmente ou em conjunto, constituem patrimônio cultural brasileiro<sup>229</sup>.

- Art. 23, *caput* e inciso III: que estabelece que é competência comum dos entes federativos o dever de proteger as obras e outros bens de valor artística e cultural<sup>230</sup>.

- Art. 215, *caput*: que dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> 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. (...) § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>228</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

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

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)

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

<sup>229</sup> 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;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

<sup>230</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

<sup>231</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

- Art. 1º, incisos I e III: que dispõe que a república federativo do Brasil constitui-se um estado democrático de direito, que tem como fundamento a soberania popular e a dignidade da pessoa humana<sup>232</sup>.

Assim, conforme é possível perceber, a escolha entre os primeiros dispositivos legais (que embasaram a condenação) ou estes últimos (que embasam a improcedência da demanda) vai depender essencialmente da interpretação dada para o caso, tal qual ocorre, como visto, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, no entanto, resta claro que os dispositivos constitucionais que defendem a liberdade artística e a liberdade de expressão, independentemente de censura e contra quaisquer formas de restrição, são aqueles que melhor se encaixam ao caso no exercício de subsunção.

Assim, finalmente superada a análise dos fundamentos da decisão (feita de maneira resumida, já que tais conclusões são apenas consequência lógica de tudo o que foi disposto nos tópicos anteriores), resta, por fim, algumas considerações a serem feitas, de ordem psicológica, sociológica e cultural (no próximo capítulo).

---

<sup>232</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

## 5 PONTOS A SEREM CONSIDERADOS

Superadas as questões jurídicas, existem outros questionamentos a serem feitos a partir da análise do caso em concreto, de ordem psicológica, sociológica e mesmo cultural, abaixo discriminados.

### 5.1 CENSURA: APAGA OU REFORÇA A ATENÇÃO?

O primeiro questionamento seria o seguinte: a censura de uma determinada música não corre o risco de causar exatamente o efeito contrário do esperado, isto é, chamar ainda mais atenção para o conteúdo censurado?

Para Herbert Spencer, a resposta para esta questão tende a ser afirmativa. Segundo o autor, a censura é uma medida paradoxal, já que “apesar de o seu propósito ser impedir a difusão de uma mensagem, existe a impressão de que se obtém um resultado completamente contrário ao que se espera”. Assim, ao invés de apagar, a censura propagaria o conteúdo censurado<sup>233</sup>.

Alberto Diegues, em mesmo sentido, defende que a censura, no lugar de alcançar seu fim, logra exatamente o efeito oposto. Conforme o autor, a ideia do censor é pueril, porque “como ensina a experiência, o proibido exerce sobre as pessoas uma atração peculiar”. Assim, “quando se censura algo, o que se consegue é despertar o interesse popular”<sup>234</sup>.

Também para Passos, pode ser mais perigoso submeter um conteúdo à repressão do que deixá-lo livre. Isto porque, a repressão tende, em suas palavras “a suscitar a resistência dos convictos” e, em vez de harmonia, suceder a revoltas<sup>235</sup>. Um exemplo seriam as guerras religiosas europeias, atribuídas mais às perseguições dos heréticos do que às divergências de fé<sup>236</sup>.

De acordo com o professor, “na pior das hipóteses” a tolerância “seria um mal necessário” de abstenção “em relação a supostos males que, se enfrentados à força, podem se tornar mais

<sup>233</sup> SPENCER, Herbert. **Demasiadas Leyes**; tradução de Rosendo Dieguez. Buenos Aires: Tor, 1943, p. 31-53.

<sup>234</sup> DIEGUES, Jorge Alberto. **Es Absoluta la Prohibición de Censura en el sistema interamericano?** in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2008; Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006, p. 327-349 *apud* [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19667/19667\\_3.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19667/19667_3.PDF).

<sup>235</sup> PASSOS, op. cit., p. 33.

<sup>236</sup> PASSOS, op. cit., p. 34.

graves”. Assim, tolerar as ideias contrárias, no lugar de reprimi-las, seria mais eficaz para se alcançar a paz pública<sup>237</sup>.

Ademais, conforme Passos, é preciso ter em conta que, diferente das ações físicas, os atos comunicativos têm menor “capacidade de produzir efeitos perversos e imediatos”<sup>238</sup>, razão pela qual não é necessário (nem é adequado) que sejam submetidos aos mesmos rigores e modelos de controle das condutas não expressivas<sup>239</sup>.

Desse modo, é possível se pensar em formas mais finas e alternativas de combate às ideias desgostosas. Conforme Norberto Bobbio, aliás, a tolerância representa a “substituição dos métodos de força pelas técnicas de persuasão como forma de resolver conflitos”, preferindo-se o debate à imposição<sup>240</sup>.

Assim é que Passos (2008) afirma que ideias ruins “podem ser contra-atacadas com ideias acreditadas como boas”, já que “existe tempo de reagir pelo debate, pela objeção e pela instrução, sem que se precise recorrer a implacáveis métodos de força”<sup>241</sup>.

Desse modo, conforme o professor, o melhor antídoto para o pensamento mal quisto não é o seu silenciamento ou a punição de seu autor, mas justamente *mais e mais expressão*. Nesse sentido, relembra a célebre frase de Louis Brandeis: *The fitting remedy for evil counsels is good ones (O remédio adequado para maus conselhos são os bons conselhos)*.

Um caso bastante ilustrativo, aliás, de como ideias reconhecidas como *ruins* podem ser combatidas com *mais e mais expressão* são as sátiras feitas às músicas *Química*, do cantor Biel, e *Baile de Favela*, do MC João, acusadas de serem machistas, discriminatórias e contrárias à moral prevalecente, abaixo discriminadas:

<b>Química</b> <b>Biel</b>	<b>Química (Resposta irônica)</b> <b>Luísa Sonza</b>
Ó, tô chegando, hein! Ó, que quê isso, hein? Ó, coisa louca, hein  A química é louca É paranormal Do além, do além	Tá chegando hein! Que que isso hein? Cara louco hein  O cara é louco É paranormal (Do além, do além)

<sup>237</sup> PASSOS, op. cit., p. 34.

<sup>238</sup> PASSOS, op. cit., p. 52.

<sup>239</sup> PASSOS, op. cit., p. 55.

<sup>240</sup> *apud* PASSOS, op. cit., p. 34.

<sup>241</sup> *apud* PASSOS, op. cit., p. 34.

<p><b>Eu decifro seu corpo</b>  <b>Sem ter manual</b>  <u><b>Vem que vem, vem que vem</b></u></p> <p>Te liguei, telefone deu caixa postal  Mas eu não me esqueci  Eu fiquei balançado com teu visual  Uau!</p> <p><b>Você me fala que não</b>  <u><b>Mas eu te provo que sim</b></u>  <b>Você duvida se é bom</b>  <b>E eu te mostro no fim!</b>  <u><b>Eu sei que você me quer</b></u>  <b>Garota, eu sinto no ar</b>  <u><b>Só que você não aceita</b></u>  <u><b>Sem antes titubear</b></u></p> <p><b>Mexe que mexe comigo, adora o perigo de me provocar</b>  <b>Mexe que mexe comigo, mas só de castigo, menina, vai se apaixonar</b></p>	<p><b>Ele ainda tá achando</b>  <b>Que é o maioral</b>  <u><b>Mas não vale um vintém</b></u></p> <p>Me ligou toda noite eu não aguentei  Sabe o que eu fiz?  Além de "facul" a cidade eu troquei!  Vazei!</p> <p><b>Eu já te disse que não</b>  <u><b>Você insiste que sim</b></u>  <b>Eu sei que "cê" não é bom</b>  <b>"Cê" já me mostrou no fim</b>  <u><b>Eu sei que eu nunca te quis</b></u>  <b>Garoto vai se tocar!</b>  <u><b>Vê se para e aceita</b></u>  <u><b>O fato de eu não te amar</b></u></p> <p><b>Droga garoto "cê" é louco, para de me incomodar</b>  <b>Eita menino mais chato, "cê" enche o meu saco se liga vai ter que acordar!</b></p>
--	--

<p><b>Baile de Favela</b>  <b>MC João</b></p> <p>Ela veio quente, e hoje eu tô fervendo  Que ela veio quente, hoje eu tô fervendo  Quer desafiar? Num tô entendendo  <b>Mexeu com o r7 vai voltar com a xota ardendo (vai)</b></p> <p>Que o Helipa, é, baile de favela  Que a Marcone, é, baile de favela  Que a São Rafael, é, baile de favela  <b>E os menor preparado pra foder com a xota dela</b></p> <p>Eliza Maria, é, baile de favela  Invasão, é, baile de favela  E as casinha, é, baile de favela  E os menor preparado pa foder com a xeca dela (vai)</p> <p>Que o Hebron, é, baile de favela  A Bailão, é, baile de favela  E na rua 7? Baile de favela!  E os menor preparado pa foder com a xeca dela (vai)</p> <p>Ela veio quente, hoje eu tô fervendo  Ela veio quente, hoje eu tô fervendo  Quer desafiar? Num tô entendendo  Mexeu com o r7 vai voltar com a xota ardeno (vai)</p> <p>Que o Helipa, é, baile de favela  Que a Marcone, baile de favela  Que a São Rafael, é, baile de favela  E os menor preparado pa foder com a xota dela (vai)</p>	<p><b>Baile de Favela (resposta)</b>  <b>Mariana Nolasco</b></p> <p>E ela veio quente, hoje eu tô fervendo  Ela veio quente, e hoje eu tô fervendo  Quer desafiar? Não "tô" entendendo  Mexeu com o R7, Vai voltar (...)</p> <p>Que o Helipa é baile de favela  Que a Marconi é baile de favela  E a São Rafael é baile de favela  E os menor preparado pra (...)</p> <p>Eu vou contar pra vocês  Não queria dizer nada  <b>O desafio é ouvir</b>  <b>E fica de boca calada</b>  <b>Como é que vocês podem dizer?</b>  <u><b>Como é que vocês podem nem sequer se arrepender?</b></u></p> <p><b>Dizer que é baile de favela</b>  <b>Foder com a vida dela</b>  Tentar me convencer que quem vem quente ferve elas  <b>Mas esquece que essa vida é pra quem quer</b>  <u><b>Tirar nossos valores</b></u>  <u><b>Esquecer os da mulher</b></u></p> <p><b>Vocês sabem que de um tempo pra cá</b>  <u><b>As menor só engravidam</b></u>  <u><b>E o sustento aonde tá?</b></u>  Eu sei lá</p>
--	--

Que o Helipa, é, baile de favela  
 Que a Marcone, baile de favela  
 Que a são Rafael, é, baile de favela  
 E os menor preparado pa foder com a xota dela (vai)

Que o Helipa, é, baile de favela  
 Que a Marcone, é, baile de favela  
 Que a são Rafael, é, baile de favela  
 E os menor preparado pa foder com a xota dela (vai)

Eliza Maria, é, baile de favela  
 Invasão, é, baile de favela  
 E as casinha, é, baile de favela  
 E os menor preparado pa foder com a xeca dela (vai)

Mas deixa pra lá  
**Quem se importa?**  
**É a menor e a mãe que vai ter que cuidar**

Eu vou contar pra vocês  
 Não queria ouvir nada  
**Desce quente "tô" fervendo**  
**E a quem vai ser abusada?**  
 Será eu? ou ela? ou não, você?  
 Isso pouco me interessa  
 O que importa é aprender

**E a referência de respeito pra usar**  
**É baile de favela com muito amor pra dar**  
**Eliza, Maria, Regina e Margarete**  
**Todos nós somos humanos**  
**É o amor que prevalece**

Se quiser dar uma fugida "pode pá"  
**Pode ir quente ou fervendo**  
**Mas respeita o seu par**

Ivonete, a Judete  
 A menina e a Ludete  
 João Paulo, São Francisco  
 E a turma da Elizete

Todos nós temos muito amor pra dar  
 Pode ir quente ou fervendo  
 Mas respeita o seu par  
**Pois um dia, a chapa que você ferveu**  
**Pode ser a mãe dos filhos do destino que escolheu**

Você sabe a situação  
 Que vai encontrar?  
**Então pensa no menor**  
**E aonde isso vai levar**  
 "Vamô" pensar  
**Será que vai ajudar?**  
**Será que essa letra**  
**Vai mostrar o valor a dar**  
 (...)  
**Que os menor preparado pra "florir"**  
**A vida delas**

As novas versões, produzidas pelas compositoras e cantoras Luísa Sonza e Mariana Nolasco, ganharam expressiva notabilidade na internet<sup>242</sup>, com mais de 10 milhões de acessos no portal *Youtube* e enxurradas de críticas positivas (são cerca de 40 mil comentários). Para se

<sup>242</sup> O vídeo em resposta à canção Baile de Favela já tem mais de 10 milhões de acesso no canal Youtube e cerca de 40 mil comentários, na maior parte, enaltecendo a atitude crítica. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=LL8x0ewyH\\_k](https://www.youtube.com/watch?v=LL8x0ewyH_k)>. Acesso em: 21/11/2016. Já o vídeo em resposta à música Química, do cantor Biel, tem mais de 1 milhão de acessos e cerca de 2.000 comentários. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Xlq10PI1C4c>>. Acesso em: 21/11/2016.

ter noção da repercussão causada, ao digitar-se a expressão *Baile de favela* no portal *Google*, a versão *em resposta* aparece em terceiro lugar.

Assim, frente a todo o exposto, questiona-se: Será a censura a melhor forma de reprimir ideias tidas como ruins? Será este papel do Judiciário? E mais: no lugar da censura, não há formas alternativas mais inteligentes de combate?

Cabe ao leitor, a partir destas reflexões, chegar a uma conclusão. A nosso ver, resta evidente que a censura, por tender a levar a resultado exatamente oposto ao pretendido, não é a melhor saída para embates como este. Da mesma forma em que o contra-ataque a partir de ideias acreditadas como boas parece ser mais eficaz e produzir resultados melhores.

Resta, finalmente, no último tópico, responder a apenas mais um questionamento: seria a escolha dos gêneros *funk* e *pagode* arbitrária?

## 5.2 RITMOS POPULARES: COINCIDÊNCIA OU PRECONCEITO?

Outro questionamento a que nos leva este estudo diz respeito a seleção das canções levadas ao judiciário, ponto que antecede o próprio julgamento. Questiona-se: A escolha de gêneros musicais populares, cultuados pelas camadas mais marginalizadas da sociedade, seria apenas coincidência ou uma forma velada de preconceito?

De acordo com os autores do livro *Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk*, a escolha das músicas levadas ao judiciário não é aleatória, uma vez que “a permissão de narrar, assim como as definições do que é ou não proibido, não está distribuída igualmente na sociedade”<sup>243</sup>.

Consoante Salgado, ademais: “nem todas as letras de música são questionadas quanto à sua compatibilidade (...) aos direitos humanos, evidenciando-se uma seleção que não é isenta de pré-conceitos”. De acordo com a autora, gêneros populares, como o pagode, o axé e o *funk*,

---

<sup>243</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 774.

são os que repetidamente têm sido questionados em juízo acerca de suas letras e suas danças<sup>244245</sup>.

De acordo com Facina, ademais, para compreender o fenômeno de estigmatização dos funks é necessário pensar historicamente, já que: “o que o *funk* (...) sofre hoje pode ser considerado um capítulo de uma história mais antiga de criminalização da cultura negra no Brasil”<sup>246</sup>.

Para Facina, assim como o samba um dia foi mal visto pela sociedade, também as vozes do funk aos ouvidos “mais sensíveis de seu tempo” podem parecer rudes e incivilizadas. Assim, na visão da autora, proibir ou discriminar o *funk* nos dias de hoje é, na verdade: “segregar ou tornar invisível a experiência do que é ser jovem e favelado em nosso contexto urbano”<sup>247</sup>.

Também Batista defende que a criminalização do *funk* atualmente nada mais é do que o reflexo das velhas perseguições ao samba. Para o autor, as antigas repressões encontraram “no funk um novo alvo à altura da tradição: também uma arte popular, cultivada pelos estratos sociais mais pobres, irreverente e sensual”<sup>248</sup>.

Não destoa o entendimento de Bruce Batista, para quem o *funk* carioca, por estar historicamente vinculado às classes populares, tal como um dia foi o samba, “enfrentou e continua enfrentando o preconceito e a apatia das classes dominantes”<sup>249</sup>.

Bruce Batista, ao discorrer sobre um episódio no qual “alguns dos principais MCs (cantores) de *funk* da cidade estavam sendo procurados pela polícia”, destaca ainda que o que “havia em comum entre todos aqueles artistas populares era o meio social, a cor da pele, e o estilo musical que representavam”<sup>250</sup>.

Tal posicionamento, aliás, pode ser encontrado também nos fundamentos da decisão do Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos (nos autos nº 0002438-06.2014.8.19.0001), da 37ª Vara

---

<sup>244</sup> São exemplos trazidos pela autora em seu artigo: a música “E porque não?” da dupla Balde ou Bidê (Agravado de instrumento n. 70013141262), “Veja os cabelos dela” de autoria do compositor e cantor Tiririca (Apelação Cível n. 16893/2002) e a música “Bonde do 157” do Mc Frank (Frank Batista Ramos) (Habeas Corpus n. 89244 de 2006), além das duas músicas aqui em estudo: “Tapa na cara” e “Tapinha não dói”.

<sup>245</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça**: a letra do banco dos réus. In: *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11714](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714) Acesso em: 04/11/2016.

<sup>246</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibido. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 657.

<sup>247</sup> FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibido. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 657.

<sup>248</sup> BATISTA, Nilo. Sobre a criminalização do funk carioca. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 2199.

<sup>249</sup> BATISTA, Bruce Carlos. Uma história do proibido. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 396.

<sup>250</sup> BATISTA, Bruce Carlos. Uma história do proibido. In: BATISTA, op. cit., versão Kindle, posição 396.

Criminal do Rio de Janeiro, que, ao rejeitar uma denúncia de *apologia ao crime* contra um homem que cantava trechos de um *funk proibidão*<sup>251</sup>, assim discorreu:

**A tentativa de criminalização dos proibições**, com a qual o Poder Judiciário não há de compactuar, tem como ponto de partida justamente a concepção indicada por Foucault na epígrafe desta decisão. **Trata-se de uma política de controle da voz dos excluídos, daqueles que não estão inseridos dentro do padrão cultural hegemônico (bonitinho, limpinho...) aceitável pelas maiorias. Trata-se, enfim, de uma tentativa de 'pacificação' do discurso dos excluídos** - depois de terem invadidos e controlados seus territórios por Unidades de Polícias Pacificadoras (UPPs), **pretende-se o controle de seus corações e mentes**, já que 'o funk proibidão representa a redenção de um 'lugar de fala' que deveria permanecer no silêncio'<sup>252</sup>. (Grifo nosso)

Para o Magistrado, este tipo de denúncia tem por objetivo, conforme disposto em sua decisão: “o cerceamento à liberdade de expressão do outro, do diferente, daquele que nunca teve voz e que é bem visto desde que permaneça calado (e, porque não dizer, obediente)”.

Certo que não há uma resposta precisa, tampouco científica para tal questionamento. Por ora, estas são apenas confabulações. No entanto, a reflexão não deixa de ser importante, notadamente quando tais músicas foram objeto de expressões pouco simpáticas no corpo do próprio processo (inclusive por aqueles que se mostraram desfavoráveis à condenação), tais como<sup>253</sup>:

(...) O compositor, por meio da obra musical, apenas relatou a existência de formas variadas de prazer, cuja realidade, **ainda que de gosto questionável**, não deve ser ignorada pelo Direito

(...) músicas e letras como "Tapa na Cara" e "Tapinha" **não se classificam como simples sons de gosto (?)**<sup>254</sup> **popular** ou "narrativas de relações privadas íntimas" ou "manifestação artística" de prazer feminino masoquista, mas, ao revés, abominável incitação à violência de gênero (...)

(...) Afinal, **numa rápida pesquisa encontrei mais de 30 músicas com o título "Tapa na Cara"**, todas elas tratando da mesma temática discutida nessa ação civil pública e **algumas com um mau-gosto bem mais acentuado**

<sup>251</sup> Expressão utilizada para caracterizar os *funks* que, por conterem letras que tratam da realidade das favelas (geralmente relacionadas ao tráfico de drogas e/aos traficantes), sofreram diversas formas de repressão judicial e, assim, foram taxados pelos próprios MCs de “proibições”, no sentido de que a sua veiculação é proibida. Conceito retirado da obra: MEDEIROS, Janaína. *Funk carioca: crime ou cultura? O som dá medo e prazer*. Editora Terceiro Nome, Coleção Repórter especial, 2006.

<sup>252</sup> TJRJ. Processo n. 0002438-06.2014.8.19.0001, Rio de Janeiro, Juiz de Direito, Marcos Augusto Ramos Peixoto. j. em 20/08/2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=> Acesso em: 01/11/2016.

<sup>253</sup> Disponível em:

[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfrs&documento=3104265&DoComposto=&Sequencia=&hash=8c38c87c37d2d51d2c5b9dc755761c84](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=3104265&DoComposto=&Sequencia=&hash=8c38c87c37d2d51d2c5b9dc755761c84). Acesso em: 21/11/2016.

<sup>254</sup> Note-se que o ponto de interrogação faz parte de um dos votos, não foi adicionado pela autora.

que minhas preferências musicais apontam existir **nestes autos** e tratando da temática com bem mais agressividade do que aquela tolerada nesses autos.

(...) Confesso que até **tive dificuldade para escutar até o final uma das músicas** porque sinceramente não é um gênero musical que me agrada. **Não gosto da letra nem do ritmo. Não compraria um CD** pra escutá-las e **provavelmente trocasse para outra estação de rádio** se aquela em que estou sintonizado as incluísse na programação. Mas ainda que essas músicas não sejam do meu agrado, não é por isso que deixam de ter valor em si, enquanto produção cultural e obras artísticas de outros brasileiros. Se uma dessas músicas se torna popular, vira um sucesso e hit da estação, não é por isso que possa ser reprimida ou deva ser proibida.

(...) 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.

(...) Com efeito, **é inegável que a letra da música "E por que não?" ultrapassou os limites do mau gosto**, estimulando e banalizando a violência sexual contra crianças, incentivando o incesto e à pedofilia, quando verseja

(...) E, no meu entender, esse não é o caso dos autos. **Não quero fazer aqui nenhuma análise dessas canções, primeiro porque de extremo mau gosto e qualidade, não tenho dúvida em relação a isso**, mas, na minha avaliação a essas duas músicas, tem muito mais um apelo sexual do que de violência.

(...) Então, não vejo nenhuma referência, não faço aqui nenhuma apologia, nem mostro nenhum sentido positivo em relação a essa música, **repito, é de mau gosto e de má qualidade**, mas não cabe, no meu entender, o Judiciário se incursionar nesses casos em que não há uma chamada explícita, exagerada em relação à violência quanto às mulheres. (Grifo nosso)

A escolha das expressões certamente não implica em um julgamento parcial, até porque, em muitos casos, estas foram utilizadas justamente para frisar que a qualidade das canções não é, nem deve ser, o critério para a condenação. Fica, no entanto, a reflexão acerca da questão.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da confrontação de cada um dos fundamentos que embasou a decisão proferida pela 2ª Seção do Tribunal Federal da 4ª Região, que acolheu os embargos infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100, chegou-se à conclusão de que esta deve ser reformada e o referido recurso desprovido.

Isso porque, a nosso ver, a divulgação e veiculação das músicas *Tapa na cara* e *Tapinha não dói* não constitui qualquer ato ilícito. Uma vez que a Constituição assegura expressamente o livre exercício de qualquer atividade econômica<sup>255</sup>, a livre expressão artística e de comunicação independentemente de censura<sup>256</sup> e que a criação e a expressão não sofrerão qualquer tipo de restrição<sup>257</sup> (em especial: artística<sup>258</sup>).

Não fosse o bastante, a Carta Magna também prevê que as criações artísticas e as formas de expressão constituem patrimônio cultural brasileiro<sup>259</sup>, que é competência dos entes federativos proteger obras e outros bens de valor artístico e cultural<sup>260</sup>, bem como que é dever do Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais, apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais<sup>261</sup>.

Não há que se falar tampouco em dano moral às mulheres, já que não há qualquer prova nos autos de que as empresas tenham agido com temeridade ou de que as músicas em comento causem nas mulheres abalo sério e grave que ultrapasse os infortúnios naturais da vida em sociedade. Não nos parece igualmente que seja possível presumir tais danos quando não há

---

<sup>255</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: Art. 170, Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>256</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

<sup>257</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: 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.

<sup>258</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: Art. 220, § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>259</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: 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; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas

<sup>260</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

<sup>261</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit: Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

indícios mínimos do potencial ofensivo das composições ou de circunstâncias que levem seguramente a esta presunção.

Também não cabe dizer que as músicas incitam a violência, uma vez que não há qualquer indício de que as canções estimulem um ato específico tipificado como crime ou de que tenha havido intenção das gravadoras nesse sentido, requisitos necessários para a configuração do ilícito penal. Não há tampouco, baseando-se no direito comparado, qualquer relação direta e imediata entre as canções e o suposto ilícito. Ademais, a partir *da classificação dos atos da fala* de Searle<sup>262</sup>, resta claro que as referidas canções não preenchem as características dos *atos diretivos*, cujo propósito é o de levar alguém a fazer algo. Em verdade, parecem estar mais próximas dos *atos expressivos*, uma vez que revelam emoções e sentimentos do compositor ou de um personagem em momento íntimo com sua parceira.

Também não nos parece razoável afirmar que as músicas devem sofrer reprimenda, porque retratam a mulher em posição de inferioridade (e de que, por isso, são discriminatórias): 1º) porque não cabe ao Estado interpretar a arte, que, por sua natureza, não tem qualquer compromisso com a verdade e 2º) porque este é um critério subjetivo e, portanto, altamente questionável (tanto que uma interpretação possível é de que as músicas, ao retratarem a autonomia sexual feminina, denotam, ao contrário, o seu empoderamento).

Ademais, ainda que não estivéssemos falando de uma expressão artística, mas sim de uma opinião (de que em determinadas circunstâncias, notadamente sexuais, um tapa se justifica ou um tapinha não dói), ainda assim não caberia ao Estado intervir. Isto porque, conforme expressamente disposto na carta constitucional: *a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição*<sup>263</sup>. Além disso, conforme explanado pelo professor João dos Passos (2008): ninguém tem o direito de exigir de alguém “que pense ou avalie de outro modo”<sup>264</sup>.

Não prospera, igualmente, o entendimento de que as músicas em apreço não têm qualquer utilidade social (e de que, por isso, podem sofrer censura): 1º) porque a Constituição, ao prever a livre expressão, não exige atendimento a qualquer critério de utilidade pública e 2º) porque, ainda que se entenda assim, é inegável a importância social das canções enquanto expressões da cultura popular. Ademais, enquanto atos comunicativos expressivos, tais músicas

<sup>262</sup> Com base na formulação de SEARLE, John R. **Expressão e Significado**: Estudos da teoria dos Atos da Fala. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>263</sup> Constituição Federal de 1988, op. cit.: 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.

<sup>264</sup> PASSOS, op. cit., p. 54.

colaboram com a democracia, a tolerância, a autonomia da consciência, bem como com o conhecimento (todos estes valores previstos na Constituição e, portanto, com força normativa).

Por fim, também não cabe falar na prevalência da proteção da mulher sobre a liberdade de expressão quando não há qualquer violência a ser protegida, isto é: quando, no caso em concreto, não há colisão entre estes dois direitos. Não é o caso, portanto, de ponderar tais princípios, mas sim de delimitar os contornos da liberdade de expressão, cuja proteção, vide os artigos supramencionados, claramente abrange a expressão artística.

Assim, não havendo qualquer prova de ato ilícito ou de danos às mulheres (requisitos imprescindíveis para a responsabilização civil das gravadoras) e, de outro lado, sendo assegurado constitucionalmente o livre exercício de atividade econômica lícita e a livre manifestação artística independente de censura, e considerando ainda que a livre circulação de tais músicas fortalece a democracia, a autoconsciência, a tolerância e o conhecimento (valores constitucionais), tenho que os fundamentos que embasaram a decisão devem ser afastados e, por conseguinte, a demanda julgada improcedente.

Além disso, outra reflexão que deve ser feita é se a censura (proibição ou punição dos autores/veiculadores) seria o meio mais apropriado para reprimir conteúdos supostamente inapropriados. Isto porque, conforme a máxima da experiência, a censura tende a levar a resultado exatamente oposto do pretendido, isto é: no lugar de apagar, chamar ainda mais atenção para o conteúdo censurado.

Por fim, outro ponto a ser considerado é a realidade na qual se está mexendo. Consabido que outrora o samba, por refletir a cultura das camadas mais marginalizadas da sociedade, foi censurado e criminalizado. Não seria este, também, o caminho do *funk* e do *pagode*, gêneros musicais típicos das camadas mais populares? A seleção das referidas músicas foi aleatória ou, ainda que despropositadamente, fruto de um preconceito velado na sociedade?

A *priori*, não há respostas seguras para tais questões, tampouco fundamentos científicos que a embasem, no entanto, na avaliação da autora, tais considerações não deixam de ser pertinentes. Fica a reflexão sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BARBOSA, Ana Mae. **Arte Educação no Brasil: do modernismo ao pós-modernismo**. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.revista.art.br/site-numero-00/anamae.htm> Acesso em: 8/11/2016.

BATISTA, Carlos Bruce. **Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, versão Kindle.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. 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: 04/11/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 26/10/2016.

BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm) Acesso em 01/11/2016.

BRASIL. **Lei nº 5.543/2009**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23461935/lei-n-5543-de-22-de-setembro-de-2009-do-rio-de-janeiro>. Acesso em: 01/11/2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 3º v. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; DOS SANTOS, Marisa Ferreira; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Cf. OLIVEIRA, Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

CONTRUCCI, Gustavo. **O que é a Evolução do Direito**. 2ªed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

BRASIL. **Convenção Interamericana (Decreto n.º 1.973, de 01.08.1996)**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>. Acesso em: 15/10/2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: Parte Especial** (coleção ciências criminais). 3º v. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DA SILVA, CIDINHA. **Funk Carioca: Crime ou Cultura?**. Disponível em: [http://www.africaeaficanidades.com.br/documentos/Funk\\_carioca\\_repaginado.pdf](http://www.africaeaficanidades.com.br/documentos/Funk_carioca_repaginado.pdf) Acesso em: 08/11/2016.

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Especial**. 3º v. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, André; CUNHA, Diogo. **A república cantada: do choro ao funk – a história do Brasil através da música**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, versão Kindle.

**Direito penal e constituição** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7/2R9wO04dFNmC7615.pdf> Acesso em: 02/11/2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Verlaine. **Adorno e a arte contemporânea**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUEDES, Maurídico. **A música que toca e nós que manda: um estudo do 'proibidão'**. Dissertação de mestrado em Psicologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARINO, Catalina Botero. **Uma Agenda Continental para a Defesa da Liberdade de Expressão**: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2014.

MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MICHAELIS: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 3º v. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Marcos. **O Viés Emocional da Expressão Musical**. Revista Hodie, v. 11, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/musica/article/view/21663/12745> Acesso em: 25/10/2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais** – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios; Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006. Disponível em: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Jane-Reis-capítulo-III.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Jane-Reis-capítulo-III.pdf). Acesso em: 19/11/2016.

PIANA, Giovanni. **A Filosofia da Música**. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2001.

PINTO, Tiago de Oliveira. **Som e música**: questões de uma antropologia sonora. Revista Antropol. São Paulo, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003477012001000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003477012001000100007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 01/11/2016.

RICOEUR, Paul. **O Justo ou A Essência da Justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça**: a letra do banco dos réus. In. *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11714](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714) Acesso em: 04/11/2016.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de Regulação**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

SEARLE, John R. **Expressão e Significado: Estudos da teoria dos Atos da Fala**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEEGER, Anthony. **Etnomusicologia/Antropologia da Música – disciplinas distintas?**. In: ARAÚJO, Samuel; PAZ, Gaspar; CAMBRIA, Vincenzo (org.). **Música em Debate: perspectivas interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Mauad X / FAPERJ, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Alexandre Assunção. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahdar, 2008, versão Kindle.

STANGL, Andre. **Reflexões sobre o valor da música na cultura digital**. Disponível em: <https://andrestangl.wordpress.com/2009/09/11/o-valor-da-musica-2-0/> Acesso em: 04/11/2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TJRJ. **Processo n. 0002438-06.2014.8.19.0001**, Rio de Janeiro, Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto. j. em 20/08/2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em: 01/11/2016.

VIEIRA, Guilherme Feijó; SEGATA, Jean; DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio; MACHADO, Nivaldo. **Pensar o Direito**. Rio do Sul: Unidavi, 2011.

**Teoria Geral da Responsabilidade Civil/ Organização Direito Rio**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.