



## **GÊNERO E LIBERDADE ARTÍSTICA: UMA APROXIMAÇÃO HERMENÊUTICA A PARTIR DE UM BREVE ESTUDO DE CASO**

José Elias Gabriel Neto<sup>1</sup>

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva, a partir do julgamento da Ação Civil Pública nº 00012332120034047100, realizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região/RS, estabelecer as interfaces do teor do julgado com as questões ligadas ao feminismo, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao da liberdade artística, sobretudo ante os ditames da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Pretende-se demonstrar como a hermenêutica concretista de Peter Häberle pode servir de base para nortear julgamentos na órbita jurídico-constitucional quando composições musicais, admitidas, por vezes, como forma “natural” de manifestação cultural, acabam por perpetuar a violência de gênero. A metodologia funda-se na pesquisa bibliográfica, como se vê pela bibliografia nacional e estrangeira devidamente articulada nas citações e notas de rodapé. O método de abordagem foi o indutivo e o histórico.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Feminismo. Hermenêutica concretista. Liberdade artística. Violência de gênero.

**ABSTRACT:** The present paper aimed, with data acquired from the judgment of the civil action number 00012332120034047100 and performed by the federal district court of the 4<sup>th</sup> Regional of RS, to establish the interfaces of the content of the judged person with questions related to feminism, the principle of the dignity of the human being and the artistic freedom and additionally before the dictates of the law 11.340/2006 (Maria da Penha's law). This paper intends to demonstrate how the concretist hermeneutics of Peter Häbele can be helpful to guide the judgements in a legal-constitutional setting, when musical composition, admitted several times as normal cultural manifestation, end up to perpetuate the gender violence. The methodology is based on national and international bibliographic search, properly

<sup>1</sup> Mestrando em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado. E-mail: jotaeh@gmail.com.

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogada. E-mail: fabiana7778@hotmail.com.

articulated as footnotes. The approaching method was the inductive and the historic one.

**Key-words:** Dignity of human being. Feminism. Concretist Hermeneutics. Artistic Freedom. Gender Violence.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 22 de maio de 2016, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, uma adolescente de 16 anos teria sido violentada por, pelo menos, trinta homens. A imagem do suposto crime circulou amplamente pela rede mundial de computadores (*internet*) e recebeu diversas “curtidas”, além de julgamentos sumários acerca do comportamento da vítima. Paralelamente, fomentou discussões acaloradas quanto a (in)existência, entre nós, de uma cultura do estupro (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015). Entrava para as estatísticas mais um brutal caso de violência sexual, com a diferença de que a mídia deu grande visibilidade ao caso da garota fluminense, inclusive com repercussões na imprensa estrangeira.

Embora o caso pareça um ponto fora da curva, pelo número de autores que teriam cometido o crime, os dados do 9º Anuário de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015) demonstram que no ano de 2014 foram registrados, no Brasil, 47.646 estupros, sendo que 90,2% das mulheres afirmaram ter medo de sofrer violência sexual.

Em meio a assombrosa realidade acima destaca, indaga-se: será o estupro a única forma de violência perpetrada contra as mulheres?

A aparente singeleza da resposta ao questionamento traz consigo uma enorme complexidade perante o “ser mulher” em uma sociedade marcada pelo machismo e a sonhada igualdade de gênero. Prova disso são os constantes achincalhes sofridos por mulheres em letras de músicas misóginas, escutadas por ouvidos moucos em uma sociedade predominantemente androcêntrica.

Em que pesem as atuais discussões sobre a violência contra a mulher, notadamente as vítimas de violência doméstica, escassos são os debates sobre o teor das letras de músicas de cunho machista que estimulam agressões físicas ou psicológicas, que muitas vezes passam despercebidas ou são socialmente tidas como admissíveis, mas que não impedem a reafirmação de uma cultura de desvalorização de gênero.

A partir do julgamento da Ação Civil Pública nº 00012332120034047100, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, colima-se demonstrar qual a relação existente entre esse tipo de composição musical e a violência contra a mulher, especialmente como isso se expressa nas letras de músicas impugnadas pelo MPF.

Demais disso, centra-se o debate na perspectiva de gênero à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade artística, visualizada aqui como espécie da liberdade de expressão e, ainda, no que dispõe o art. 8º, inciso III, da Lei de nº 11.340/2006. O estudo busca demonstrar em que medida é viável a aplicação da hermenêutica concretista de Peter Häberle para nortear essa espécie de julgamento quando estão em questão afirmações de direitos na sociedade moderna, em especial aquelas ligadas às demandas de gênero.

## **2 O CASO CONCRETO**

O *lead case* que inspirou o presente estudo consubstancia-se no julgamento, pelo TRF da 4ª Região (TRF4), da Ação Civil Pública nº 00012332120034047100. Em sessão de 15/10/2015, o TRF4 deu parcial provimento aos recursos apresentados pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Organização Não-Governamental (ONG) Themis - Assessoria de Gênero para condenar a Produtora de funk “Furacão 2000 - Produções Artísticas” ao pagamento da importância de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em multa, a ser revertida ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos da Mulher.

A ONG Themis e o MPF haviam ajuizado Ação Civil Pública contra a *Sony Music Entertainment* e a empresa Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda., buscando a compensação por danos morais difusos perpetrados contra mulheres pela divulgação e circulação das músicas “Tapinha” e “Tapa na cara”. Segundo os autores, as letras de tais músicas incitavam a violência e o menoscabo contra as mulheres.

A ação foi julgada parcialmente procedente pelo juízo de 1º Grau, que arbitrou multa contra a empresa Furacão 2000.

A empresa ré, a ONG e o MPF recorreram da decisão. A ré recorreu ao argumento de que a decisão judicial configuraria censura e, por consequência,

pretendia a não-imposição de qualquer tipo de sanção pecuniária. A ONG Themis e o MPF recorreram para que fosse reconhecida, no caso, a solidariedade passiva da gravadora *Sony Music*. O Desembargador federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle (relator) deu parcial provimento às apelações aviadas pela ONG Themis e pelo MPF, entendendo haver na espécie a solidariedade passiva da *Sony Music* pelas letras ofensivas, estendendo a ela o dever de indenizar.

Contudo, a partir do voto-vista do Desembargador Cândico Alfredo da Silva Leal Júnior, que se fez acompanhar do voto da Desembargadora Vivian Josete, deu-se provimento à apelação da empresa Furação 2000, julgando-se improcedente a ação civil pública aforada, sob o argumento de que não havia prova suficiente de que as composições maculavam a imagem das mulheres.

Contra tal decisão foram interpostos embargos infringentes, ao final julgados procedentes pela 2ª Seção do TRF4, especialmente após voto da Desembargadora federal Maria de Freitas Labarrère, determinando a condenação da empresa ré ao pagamento da multa fixada no aresto.

Dada a extensão do voto e dos debates travados entre os componentes da seção julgadora, este trabalho se atém à ementa do julgado, pois dela se podem extrair as considerações necessárias ao aqui proposto.

Nesse quadrante, a Corte federal local, primeiramente, entendeu que não caberia ao Judiciário conceituar o que seria cultura, tampouco, controlar o teor ou a qualidade das músicas de conteúdo ofensivo à dignidade da mulher, mas, sim, sopesar a liberdade de expressão quando em colisão com outros direitos fundamentais, ressaltando que nenhum destes são absolutos e têm autorização para que sejam utilizados para atos escusos em manifestações realizadas sob o pano de fundo da liberdade de expressão.

O TRF4 afastou a tese esgrimida pela Produtora ré no sentido de que o excesso deveria ser suportado em nome da democracia e do Estado de Direito, que tutelam atos contra a censura, pois haveria de se atentar à necessidade de predominância de direitos e interesses coletivos, atendendo-se, com isso, ao bem-estar comum.

Vale aqui mencionar os itens 4, 5, 6 e 7 da ementa de antedito aresto, que invocaram os ditames da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), esclarecendo qual o objeto da tutela dessa especial legislação, conforme se pode extrair do julgado em comento:

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.(BRASIL, TRF4, 2015).

Com esta breve análise de caso envolvendo uma letra de música e a pauta de gênero, passa-se a discorrer sobre as razões de fundo que envolveram a condenação da Produtora Furacão 2000 por uma forma de “violência de gênero”.

O que se percebe, para além do teor do acórdão, é que a violência de gênero tem sido uma constante na sociedade moderna e representa o ápice de toda uma violação a direitos e interesses das mulheres.

Uma análise, ainda que breve, do feminismo e das disposições legais surgidas a partir desse movimento permite estabelecer um paralelo entre o teor do acórdão, situando-o historicamente, permitindo, ainda, situá-lo na esteira da hermenêutica concretista de Peter Häberle.

### **3 A COMPREENSÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA E O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA**

Na construção da sociedade humana, segundo o livro bíblico do Gênesis (capítulo 2, versículo 22), Eva teria nascido da costela de Adão.

Na visão rudimentar dos mitos da pré-história, o macho, ao escolher uma fêmea, desferia-lhe um golpe com seu tacape na cabeça e a levava para sua caverna como prova de masculinidade.

Estória ou fé, a forma contada por, no mínimo XX séculos, mostra que a concepção androcêntrica sempre deixou a mulher à margem da sociedade, colocando-a em patamar de inferioridade em relação à figura do homem. Tudo que era produzido dirigia-se exclusivamente ao homem, pois as mulheres eram tidas como incapazes, carentes da razão e de discernimento, dado o sistema de domínio patriarcal vigente. Em razão do sexo, a mulher estava destinada a ser subserviente, presa às paixões e emoções, enquanto o homem detinha a razão, característica ínsita a seu papel de figura moral, intelectual e fisicamente mais forte.

O reinado absoluto da figura do homem, em tese, perdurou até a Revolução Francesa de 1789, pois sob a rubrica dos ideais *liberté, égalité et fraternité* passou-se a defender a concepção de que homens e mulheres são possuidores de razão, sem levar em conta as questões biossexológicas que os cercam. Vale dizer, reconheceu-se uma isonomia apenas formal entre homens e mulheres, que, sabidamente, não se traduziu na prática.

Como explica Lourdes Bandeira e Deis Siqueira (1993, p. 35), “as luzes, que iluminaram o Iluminismo da racionalidade masculina, deixou nas sombras metade dos seres humanos, as mulheres”. De acordo com a autora, os ideais já nasceram impossibilitados de ser cumpridos em seu todo, dada a não-visibilidade da mulher no novo momento da história.

Na mesma esteira, Carole Pateman (1993, p. 35) relata que a história daquilo a que denomina de *contrato social* teria sido contada apenas pela metade, pois o indivíduo a que se refere este contrato é sempre o masculino, por meio de participações no cenário social como o do (homem) político, do (homem) trabalhador, do (homem) produtor, do (homem) provedor e do (homem) mantenedor das esferas privada e pública.

Pateman (1993, p. 231-275) descreve que todas as relações anteriores ao *contrato* passaram a ser civis. Todavia, a subordinação da mulher permaneceu inalterada. Narra ela que o casamento, em que pese não necessitar de um contrato escrito, passou a ser uma espécie de pacto que reforça a dominação do homem

sobre a mulher pela própria natureza. No entanto, aduz que o casamento ainda é imprescindível, pois com ele a mulher alcança o *status* de indivíduo, fazendo crer que todos foram inseridos na ordem civil pública, mesmo que, em seguida, a mulher seja novamente reconduzida a sua esfera privada.

Em meados do século XIX, contudo, começa a ocorrer uma forte reação a essas concepções, sobretudo por meio do movimento feminista. Segundo Lourdes Bandeira e Deis Siqueira (1997, p. 270), o feminismo constitui um foco de resistência e crítica e “[...] colocou como centro de seu projeto a multiciência, a pluralidade do político e a impossibilidade tanto da unificação quanto da hegemonia do universal nas sociedades divididas pelas relações sociais de sexo e gênero, entre outras.”

Assim, com o movimento feminista as mulheres procuraram realinhar suas condições no seio da sociedade, deixando a ideia do *ser-objeto- natural-biológico* evoluindo para *sujeito* de uma situação social nova. Essa perspectiva rompe com os paradigmas de dominação e exclusão até então vigorantes, fazendo com que a mulher alcance e conquiste o seu lugar de *estar na história*. (VARICAS *apud* BANDEIRA, 2000, p.16).

Lourdes Bandeira (2000, p. 17) vaticina que referido movimento foi dividido, fundamentalmente, em três períodos: Inicialmente de 1850 a 1950 que compreendem as primitivas coordenações das mulheres desbravadoras, conhecidas como “igualitaristas e sufragistas” que lutaram pelo direito ao voto e educação. No dia a dia de trabalho pleiteavam a redução da jornada de trabalho e condições salubres de trabalho. O segundo é aquele que coincide com o movimento feminista ocorrendo de 1960 a 1980. As modificações sociais e culturais marcam este ciclo, pois há conquista de novos terrenos pelas mulheres, que começam a ter maior visibilidade e reconhecimento, outorgando legitimidade social às bandeiras feministas. Surge o feminismo heterógeno, plural e os primeiros estudos que utilizam a categoria gênero. O terceiro período ocorre nos anos noventa e é marcado, fundamentalmente, pelas transformações da produção do conhecimento, da afeição da realidade que intervém na modificação da teoria social e das relações entre o indivíduo e a sociedade.

Nessa órbita, sobredito movimento estruturou-se na crítica ao domínio patriarcal e a uma razão androcêntrica de humanidade, que deixou de fora metade

das pessoas – as mulheres -, e que construiu um “modelo” de feminino a partir do androcentrismo, em nome da natureza e da razão<sup>3</sup>. (BANDEIRA, 2000, p. 7).

No entanto, a moderna agenda do feminismo tem abandonado as bandeiras do ideário liberal-burguês forjado na Revolução Francesa de 1789, diante do fato de que, como se pode intuir e até hoje se percebe, estas reivindicações não alteraram os espaços comumente dirigidos ao sexo feminino, sem contar que não houve uma equiparação igualitária (real) das práticas entre homens e mulheres. Com efeito, ocorreu o contrário, isto é, as relações de gênero encontram-se ainda colocadas em segundo plano, dadas as hierarquizações existentes nos mais diversos planos da vida de relação, desde a queda do absolutismo até os dias atuais.

O agravamento da hierarquização entre homens e mulheres demonstra, até nossos dias, que a identidade feminina ainda se encontra submissa, acreditando-se ser “normal” aquilo que é fruto do despotismo masculino. Destarte, não obstante terem alcançado os patamares de representatividade da esfera pública, boa parte das mulheres continua a ser mal remunerada e totalmente explorada, especialmente nas esferas da vida privada, lugares em que ainda subsiste a submissão e, por conseguinte, uma estrutura sexista, o que é evidenciado pelos números que retratam a escancarada e recorrente onda de violência contra a mulher.

Alvissareiramente, porém, no cenário de políticas afirmativas em prol da mulher foram sendo, aos poucos, criadas regras jurídicas que visam punir aquele (ou aquela) que pratique a violência de gênero. Surgiram preceitos normativos destinados a romper com essa perniciosa tradição/cultura de abusos e generalizações. No Brasil, um marco nessa direção foi a edição da Lei federal nº 11.343/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

Dita lei destinou-se a regulamentar o disposto no artigo 226, § 8º, da CF, dando concretude a tratados internacionais até então inobservados pelo Brasil.

Nessa trilha, a I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na Cidade do México, em 1975 - ano este conhecido como Ano Internacional da Mulher, que, posteriormente, fez instalar a década das Nações Unidas para a mulher, - deu origem a Convenção sobre a Mulher, acolhida pela Assembleia Geral da ONU em

---

<sup>3</sup> Sobre isso Carole Pateman (1993, p.68) relata que o Contrato Social teria sido construído a partir de substituição das relações naturais pelas civis, de modo que a dominação existente fosse substituída pela tabula entre as partes. No entanto, a história teria sido contada pela metade, pois não estaria presente o contrato sexual, o que impossibilita entender a subordinação do sexo feminino em relação ao masculino. Assim, contemporâneo ao Pacto Social, o contrato sexual institui o direito patriarcal moderno.



1979, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002.

Em 1980 já havia ocorrido a II Conferência Mundial sobre a Mulher em Copenhague/Dinamarca. No ano de 1985, em Nairóbi/Quênia, aconteceu a III Conferência para avaliar a década das Nações Unidas para a Mulher. Em 1993 aconteceu em Viena/Áustria, a Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, na qual se deliberou expressamente que a violência contra a mulher era uma espécie de violação aos direitos humanos.

Em 1994, em Belém do Pará/Brasil, realizou-se a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), daí ressaíndo a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996.

Referidos diplomas internacionais, editados com intuito de proteger a integridade fisiopsíquica da mulher, integram aquilo a que Flávia Piovesan denomina de “processo de especificação do sujeito de deveres”.<sup>4</sup>

Dezoito anos após a promulgação da CF de 1988 e, principalmente, após o Estado brasileiro ser formalmente condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001), órgão da OEA, no fatídico caso da vítima Maria da Penha Maia Fernandes, surgiu no âmbito do ordenamento interno a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Tal Lei contemplou vários mecanismos, tanto de proteção como de efetivação de políticas públicas, com vistas à promoção das ações educativas e culturais relativas aos direitos das mulheres.

A Lei 11.340/2006, em seus arts. 2º e 3º - embora, aparentemente, pleonásticos, haja vista a existência de tratados internacionais e normas constitucionais assegurando direitos e garantias às mulheres, vale dizer, a sempre pretendida igualdade de gênero – infelizmente não fez com que esses direitos fossem respeitados de maneira automática, pois há, ainda, uma forte predominância de uma cultura masculina, que sempre excluiu a mulher. Daí a necessidade de se

---

<sup>4</sup> “[...] no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres etc.). Já o sistema geral de proteção (ex: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade).” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>>. Acesso em: 08 jun. 2016).

criarem mecanismos que transformem a vontade humana e a letra da lei em atos reais para que se atinjam as proclamadas dignidade e igualdade materiais. (BARROSO, 2009. p 121).

Isso se depreende claramente do art. 8º, inc. III, da Lei Maria da Penha.<sup>5</sup> O dispositivo em comento baseou-se no art. 5º, “a”, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher, de 1979 e, bem assim, no art. 6º, “b”, da Convenção de Belém do Pará. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

Desde o século XIX várias foram as normas que tentaram impedir a metalinguagem do escárnio e o vilipêndio contra a mulher. Contudo, sequer se conseguiu a efetividade necessária para que isso não deixasse de ocorrer de um ponto de vista prático ou real.

A respeito disso, Lênio Streck (2003, p. 139) lembra que “[...] os meios de comunicação de massa é fator importante para a manutenção de um imaginário discriminador, no interior do qual a honra da mulher, por exemplo, é tida como a extensão da honra masculina”. Cita, como exemplo, uma cena da novela “A próxima vítima”, em que a personagem de José Wilker explica aos seus filhos que, em razão da traição de sua esposa Isabela, a esfaqueou no rosto. Na mesma cena uma de suas filhas o interrompe para confortá-lo a fim de demonstrar compreensão à reação do pai, demonstrando aquilo que alcunhou de “presença colonizadora”.

Mesmo sob a vigência da Lei 11.340/2006, seus comandos e preceitos não encontraram eco no cotidiano, haja vista as letras de músicas ofensivas/impróprias/discriminatórias que são frequentemente criadas e divulgadas e, pior, sem qualquer - ou com escassos - mecanismos de fiscalização.

A agressividade contra o gênero por meio das músicas, como adiante se verá, “coisificam” a mulher. Em tempos outros, fomentaram até abusos físicos e

---

<sup>5</sup> “Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...] III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;” (BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2016).

morais, que acabaram – e até hoje assim é - por incitar uma forma insidiosa de violência, infringindo frontalmente os dispositivos acima citados.

#### **4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HERMENÊUTICA CONCRETISTA DE PETER HÄBERLE**

Não há dignidade humana sem respeito aos direitos humanos básicos, assim também como não se pode falar de direitos humanos se não se pode proteger a dignidade da pessoa humana e sem dar o devido status a esta categoria. Assim para Alexy, tanto os princípios quanto as regras seriam normas. Ambos diriam o que deveria ser, sendo, pois, passíveis de encerrar expressões deônticas de dever, permissão e proibição. Assim, ambos seriam espécies de normas e, como tais, razões para juízos concretos de dever ser (ALEXY, 2008, p. 87). Mas aos olhos de nosso autor, princípios seriam normas que ordenariam que algo fosse realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Verifica-se, nesse sentido, que os princípios seriam mandamentos *prima facie*, isto é, ordens realizáveis na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Regras, por sua vez, seriam mandamentos definitivos, porquanto as suas extensões de conteúdos se encerrariam no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Nesse sentido para Alexy (2008, p. 105).

Desse modo, os princípios são regras que devem ser observadas e aplicadas por um intérprete e assumem uma clara função vetorial a partir do refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto (ALEXY, 2008, p. 105) ordenamento maior. Suas características, segundo Carmem Antunes Rocha (1994, p. 29-33), são a generalidade, a primariedade e a sua dimensão axiológica.

Como acentua Jorge Miranda (1996, v. 2, p. 224), os princípios não estão além ou acima do direito, mas em uma compreensão extensa, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais integram o ordenamento jurídico. Contrapõem-se aos preceitos e não as normas, sendo estas divididas em *normas-princípios* e *normas-disposições*.

O constitucionalista lusitano esclarece que os princípios têm uma ação imediata, pois diretamente aplicáveis às relações político-constitucionais, e tem

também uma ação mediata, constituindo plano integrativo e construtivo e bem assim um plano essencialmente prospectivo. (MIRANDA, 1996, v. 2, p. 226).

Nesse particular, o princípio reitor da CF/88 é, indubitavelmente, o da dignidade da pessoa humana. Segundo Antonio Milton de Barros, citando Flademir J. Belinati Martins, é ele um predicado inerente à essência da pessoa humana, de sorte que compreende um valor interno “[...] superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade estranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”. (MARTINS, 2007, p. 58).

De seu lado, Ingo W. Sarlet (2002, p. 62) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana é de definição indeterminada, dada a sua abrangência e carga valorativa, de modo que as peculiaridades de cada indivíduo o tornam digno da consideração do Estado. Nesse particular, esse princípio é vinculado com os direitos e garantias fundamentais, podendo ser considerado um dos princípios vetores do ordenamento constitucional.

A CF, em seu art. 1º, inciso III, afirma ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana, atribuindo notoriamente ao indivíduo o *status* de limite e fundamento do Estado. Nessa esteira, José Afonso da Silva entende que “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...]”. (SILVA, 2000, p. 109).

Nesse mesmo diapasão, o magistério de João Paulo Gavazza de Mello Carvalho, que diz que tal princípio visa a “respeitabilidade mínima ao homem por parte do Estado e dos seus semelhantes, com o qual a dignidade se relaciona e se concretiza.” (MELLO CARVALHO, 2007, p. 127). Ou seja, objetiva impor limites à atuação do Estado na vida dos particulares, bem como traduz um dever negativo sobre as suas condutas e o dever de respeitar as pessoas.

Por outro lado, a CF também consagra a liberdade de expressão como princípio fundamental. Segundo Ingo W. Sarlet (2002, p. 125), a CF não adotou a liberdade de expressão como gênero da qual abrange as variadas manifestações específicas como as liberdades de consciência, manifestação do pensamento, de comunicação, livre expressão artística, intelectual e científica. Aduz ainda que a livre manifestação do pensamento assume tal condição, uma vez que esta poderá suceder no campo da comunicação social, “no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas”.

Assim, pode-se raciocinar de maneira abrangente, considerando a liberdade de pensamento como umbilicalmente atrelada à liberdade de expressão, na medida em que se as pessoas são livres para pensar, devem, também, sê-lo para exteriorizar esse pensamento por meio das artes em geral, sem interferências. Nesse quadrante, a liberdade artística é uma decorrência da liberdade de pensamento.

Vale aqui referir interessante trecho do acórdão do Tribunal Constitucional Alemão versando sobre liberdade artística na Reclamação Constitucional contra decisão judicial no caso Mephisto, no qual restou consignado que a liberdade artística inclui tanto o âmbito da obra quanto o do efeito da criação artística, tornando-os indissolúveis. A atividade artística, assim como também a exposição e divulgação da obra são úteis para “o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse ‘ âmbito do efeito’ no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG [...]” (SCHWABE, 2005, p. 498).

Disso decorre a conclusão de que essa indissociabilidade a que se referiu o tribunal alemão conduz a uma impossibilidade de controle prévio do conteúdo da manifestação artística por parte do Estado, em qualquer manifestação da arte, incluindo a música. Esse controle, como diz a jurisprudência germânica, dá-se no *âmbito do efeito*, entendido não apenas como garantia do livre pensamento, mas que o controle sobre eventuais abusos será sempre repressivo, nunca antecedente ou prévio.

Essa perspectiva fiou evidenciada também no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando se vaticinou que ao Judiciário não cabe determinar o que é cultura e nem cabe a este Poder exercer o controle sobre o conteúdo ou a qualidade das músicas divulgadas pelos artistas, mas somente avaliar se há, ou não, abuso no exercício da liberdade artística. Saliente-se que alguns julgadores, no caso em testilha, frisaram a impossibilidade de existir qualquer forma de censura às, criações e composições musicais.

O que o acórdão posto em liça não trouxe e discutiu com maior profundidade e que tem toda a pertinência com o caso concreto diz com a possibilidade da invocação, nos casos de músicas com teor agressivo/discriminatório, da hermenêutica concretista de Peter Häberle. Para este autor, essa peculiar forma de interpretação consiste em reconhecer que:

Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la ( Wer dir Norm 'lebt' interpretiert sie auch ( mit). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a a opiniao pública (...) representam forças produtivas de interpretação. ( interpretatorische Produktivkräfte), eles são intérpretes constitucionais em sentido lato atuando nitidamente, pelo menos, como pré- intérpretes ( Vorinterpreteten). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. (HÄBERLE, 1997, p. 13-14).

Nessa linha, Luciano André Losekann assevera que interprete é aquele que vive o contexto regulado por uma norma direta ou indiretamente, de sorte que o destinatário da norma tem participação ativa no processo hermenêutico. Não são só os que interpretam as normas são os únicos habilitados à interpretação constitucional. Ademais, a efetividade da norma não resulta simplesmente do fato de constar na constituição, mas sim:

[...] resulta de processos pluriarticulados de interpretação por parte de números participantes' (opinião pública, órgãos estatais, etc.), inclusive o cidadão quando, em seu interesse, interpõe um recurso constitucional para a Corte Constitucional Federal. Todos os participantes do processo de interpretação são considerados pré-intérpretes da Constituição, embora, como referido alhures, a responsabilidade final caiba propriamente à jurisdição constitucional. (LOSEKANN, 2004, p.165-166).

Embora a referência a hermenêutica concretista de Peter Häberle esteja relacionada ao controle de constitucionalidade das normas, a interpretação da extensão do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana no caso trazido à discussão foi alcançada por meio de uma ação civil pública e não, precisamente, pela via do controle abstrato das normas. O processo civil foi o veículo para que a comunidade de intérpretes, na noção häberliana, pontuasse ou afirmasse como deveria se dar/efetivar a defesa de gênero quando em cotejo com a liberdade artística.

A ação civil pública no caso concreto aqui mencionado teve seu julgamento realizado mais de dez anos após ter sido proposta. Para além da percepção que existia ao tempo do ajuizamento da lide, o transcurso dos anos demonstrou que a sociedade foi paulatinamente amadurecendo e passou a ter como inadmissível esse tipo de produção musical com conteúdo misógino ou machista.

A própria evolução da percepção da sociedade do que seja *gênero*, da defesa dos direitos, interesses e das limitações a ele atrelados, devem ser obrigatoriamente considerados, porquanto traduzem uma evolução positiva, que se incorpora não só aos costumes, mas que passa a emprestar uma pretensão de eficácia mais dilargada a princípios constitucionais, como é o caso da dignidade da pessoa humana, propiciando uma modificação daquelas visões que outrora eram tidas como aceitáveis ou socialmente admitidas.

Tal limite também tem sua aplicação em uma perspectiva horizontal (BRASIL, STF, RE 201.819-8, 2005), qual seja, aquela existente entre particulares, pois pensar diferente geraria uma não-proteção ao cidadão, que se veria sem defesas perante outrem. Em outras palavras, pelo fato de todos (e todas) serem iguais em dignidade, há de existir a reciprocidade de respeito, como ensina Ingo W. Sarlet (2002, p. 125).

Assim, as possibilidades de imposições de limites às violações de gênero, no caso de produções musicais ofensivas/discriminatórias, vão desde uma esfera mais elevada, como a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, de raiz constitucional - de forma que os direitos difusos vulnerados são tuteláveis por meio de ações de caráter amplo, de que é exemplo a ação civil pública -, passando pelo reconhecimento de que tais letras ofensivas ou de conteúdo machista podem ser encaradas a partir do entendimento que lhes empresta a comunidade de intérpretes, em sentido ampliado, que “vive” cotidianamente essa Constituição, possibilitando o ressarcimento dos danos tanto em plano macroscópico como no plano individual.

## **6 CONCLUSÃO**

Como se analisou no presente estudo, o acórdão prolatado pelo TRF4 demonstrou que a dignidade da pessoa humana, sob o enfoque de gênero em relação à música de conteúdo discriminatório, tem alcance para além dos casos individuais de danos morais. Mostrou que não se tratava de censura ou controle da

liberdade artística, mas, sim de respeitar a imagem, a honra e dar efetividade ao comando do art. 8, inciso III, da Lei 11.340/2006.

Nessas condições, o trabalho procurou abordar as questões que envolveram a decisão, a partir dos lineamentos do movimento feminista, da Lei Maria da Penha e dos princípios que permitiram impor uma condenação da empresa-ré por prática de dano moral difuso.

Ao mesmo tempo, balizou-se que a decisão poderia ter-se escorado não apenas na questão de direitos e garantias constitucionais, mas que a solução poderia estar amparada na hermenêutica constitucional.

Significa dizer, a comunidade de intérpretes da Constituição, aqui representada pelo MPF e ONG Themis, por meio da ação civil pública, colmatou e deu significado no tempo e no espaço ao que deveria ser observado em termos de dignidade da pessoa humana na questão de gênero.

A violência de gênero por meio de composições musicais já é prática antiga na sociedade, que não pode ser tolerada diante dos vigentes vetores constitucionais e da própria evolução do pensamento na sociedade contemporânea, que visa impedir o abuso contra mulheres.

Esse tipo de agressão travestido sob o manto de um pretense exercício de uma liberdade artística não é de somenos importância, na medida em que estimula nos recônditos das almas de vários homens, a existência de comportamentos violentos.

Ainda que esse estímulo não seja imediato, vai-se acumulando no psiquismo humano, nomeadamente no dos homens, que passam, de modo equivocado, a ter a impressão de que comportamentos violentos são “normais” ou, quando menos, justificáveis. Afinal, se se entende que a mulher pode ser encarada como objeto e não como sujeito de direitos, a agressão passa a encontrar uma justificativa não apenas no comportamento individual, mas também no meio social, que tem como “natural” essa espécie de conduta que agride o gênero.

O que se percebe, portanto, é uma possibilidade de ampliação da proposta haberliana de sua hermenêutica concretista, situada não apenas no controle abstrato de normas. A interpretação da Constituição é franqueada à comunidade de intérpretes por meio de ações que podem também transitar nas esferas inferiores do Poder Judiciário. Na medida em que “a comunidade de intérpretes” ressignifica ou redimensiona o que seja necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana



quando há violação ou ofensa ao gênero, o processo civil nessas instâncias primárias do poder judicial adquire contornos mais amplos do que aqueles sugeridos por Peter Häberle em sua obra.

Obviamente, desde o plano normativo mais elevado por meio dos tratados internacionais, passando pela CF e chegando à legislação infraconstitucional, as condutas violadoras a comportamentos misóginos têm sido repelidas. Servem não apenas para impor condenações judiciais por violação a interesses difusos, dando as condições de possibilidade de, a partir delas, ter-se um efeito pedagógico capaz de educar essa sociedade predominante androcêntrica- machista. Ao contrário do que se proclamou, um “tapinha, sim, dói”!

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. Feminismo: memória e história. In: SALES, Celecina de Maria Veras et. al. (orgs). **Feminismo: memória e história**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, Deis. **A perspectiva feminista no pensamento moderno e contemporâneo**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 12, n. 2, p. 262-284, dez./jul. 1997.

BARROS, Antonio Milton. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos & Cruz Ltda. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 6. ed . São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819-8**. Segunda Turma. Recte: União Brasileira de Compositores – UBC. Recdo: Athur Rodrigues Villarinho. Relator Min. Ellen Grace. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Embargos Infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS**. Embte: Ministério Público Federal. Embdo: Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda. Relator: Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=7767930&hash=e97f080b65fa0e1dc9266171cb3fc0f6](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7767930&hash=e97f080b65fa0e1dc9266171cb3fc0f6)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB\\_2015.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica. Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Porto Alegre: SAFe, 1997.

LOSEKANN, Luciano André. A hermenêutica concretista em Peter Häberle e a jurisdição constitucional no Brasil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 31, n. 93, p. 155-176, jan./mar. 2004.

MELLO CARVALHO, João Paulo Gavazza de. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal**. Salvador-BA: Jus Podivm, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 2.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulhe r.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 54/2001**. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes, Brasil. 04 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

PATEMAN, Carole. **O Contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ROCHA, Carmem Antunes. **Princípios constitucionais na administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. MARTINS, Leonardo (Org.). Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: Desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis. **Revista Brasileira de Direitos de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 139-161, jan./mar. 2003.