

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA MÚSICA NO CONTEXTO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO: UM DIAGNÓSTICO DO FUNK NO CENÁRIO BRASILEIRO

The constitutional limits of music in the context of gender inequality: a diagnosis of funk in the brazilian context

Felipe Grizotto Ferreira¹

Sarah Thiemy Kawato dos Santos²

Lucas Catib de Laurentiis³

¹ Professor de Direito Constitucional, Direito Tributário e Metodologia Jurídica da PUC- Campinas. É doutorando em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Unicamp, mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela PUC-Campinas, graduado em Direito pela PUC-Campinas. É advogado.

² Mestra em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (PPGD) da PUC-Campinas, graduada em Direito pela PUC-Campinas. É advogada.

³ Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Estadual Paulista (Unesp) e professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador vinculado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e à Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). É doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP), especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP, graduado em Direito pela PUC-SP e em Filosofia pela USP.

1. Introdução

De acordo com a Sociedade Artística Brasileira (SABRA), o *funk* é um dos estilos musicais que representa o Brasil internacionalmente e um dos mais populares nacionalmente, em especial pelo público jovem.⁴ Por outro lado, o Brasil ainda é um país permeado por uma profunda desigualdade de gênero e por altíssimos índices de violência contra as mulheres e de violência sexual em geral.⁵ Embora o gênero “*funk*” contemple uma variedade enorme de músicas,⁶ é certo que o número de obras de teor erótico é elevado. Mas não só. É frequente que as músicas de *funk* abordem uma série de temas de forma polêmica, como a participação (ou mesmo produção) de crianças nas faixas musicais, e reforcem estereótipos de desigualdade entre homens e mulheres ou façam apologias a atos violentos. Por outro lado, o gênero carrega elementos de emancipação e desenvolvimento social de grupos vulneráveis e marginalizados, como o retrato de aspectos da realidade das favelas e a possibilidade de notoriedade de artistas advindos de estratos sociais marcados pela exclusão.⁷

Considerando o conteúdo dessas expressões artísticas, a literatura especializada sustenta que letras e performances de funk com conteúdo sexual violento contribuem para naturalizar a violência sexual contra a mulher e reforçar os padrões de subordinação entre os gêneros.⁸ Esse entendimento fundamenta as decisões judiciais que restringiram a circulação dessas obras. Para servir de fundamento jurídico à limitação da liberdade artística, porém, ele exige critérios jurídico-dogmáticos. Esta investigação apresenta esses critérios, sem tratar unicamente do gênero *funk*, mas aborda os limites das produções musicais em geral que utilizam esse gênero como delimitação metodológica para compreender empiricamente o cenário mais amplo, tendo em vista as características descritas acima que o qualificam para compor uma amostra da tensão entre liberdade artística e igualdade de gênero. Surgem, assim, as duas principais questões enfrentadas neste trabalho: é possível proibir esse tipo de música a pretexto de promover a igualdade de gênero? Mantidas a produção e a circulação de obras musicais dessa natureza, existe algum instituto jurídico aplicável em caso de danos contra as mulheres causados por essas manifestações artísticas?

A investigação de tais questões espelha o problema da colisão entre direitos fundamentais, em que a liberdade de expressão artística (conceito de arte) e o direito de igualdade (de gênero) entram em colisão. De um lado, há a liberdade de expressão, especificamente a artística (art.5º, IX, CF), e, de outro, o direito de igualdade (art.5º, I, CF) e, possivelmente, o direito à honra da classe feminina como um todo (art.5º, X, CF).

⁴ PONTES, 2022.

⁵ O mapa da violência de 2015 mostrou que entre os anos de 1980 e 2013 o Brasil foi o quinto mais do mundo que mais mata mulheres. Ver: ARTIGO 19, 2018. Ainda, em 2022 houve um crescimento de todas as formas de violência contra a mulher no país, tendo sido registradas 74.930 vítimas de estupro e estupro de vulnerável. Na literatura, ver: BUENO; MARTINS; LAGRECA; SOBRAL; BARROS; BRANDÃO, 2023 e BUENO; BOHNENBERGER; MARTINS; SOBRAL, 2023.

⁶ PONTES, 2022.

⁷ Para uma análise dessa constatação: CYMROT, 2011.

⁸ Nesse sentido: BRILHANTE; GIAXA; BRANCO; VIEIRA, 2019.

Portanto, antes de qualquer outra, a reflexão é no campo do direito constitucional. Em um segundo momento, ela poderá ser também de direito penal (conveniência de criminalização de músicas e balizas para uma efetiva condenação), administrativo (gerenciamento da censura, licença ou financiamento dessas atividades) ou civil (indenização e censura judicial). Por isso, a segunda questão de pesquisa colocada está condicionada a análise da primeira (e principal).

Nos Estados Unidos da América, este problema é endossado corriqueiramente na forma da proibição das diversas formas da pornografia.⁹ Nesses debates, os argumentos jurídicos, políticos e filosóficos se entrelaçam no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, há diversos outros elementos normativos, inclusive no próprio texto constitucional, a serem considerados.

O objetivo geral deste trabalho é, assim, contribuir com a literatura jurídica do direito comparado e, no âmbito nacional, possibilitar a qualificação das decisões judiciais, ao levantar possíveis precedentes e indicar pontos frágeis na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais de liberdade artística e de igualdade, propondo uma reconstrução dogmática que permita a superação dessas fragilidades. Especificamente, o objetivo do trabalho é realizar um diagnóstico do tema no cenário brasileiro¹⁰, seguido de uma dimensão propositiva, com vistas a traçar as bases para a (re)construção da dogmática constitucional da liberdade artística.

Sustenta-se a tese de que essas decisões judiciais resolvem essa colisão sem critérios dogmáticos, o que torna seus resultados dependentes das premissas teóricas adotadas pelo julgador. Por outro lado, esses critérios podem ser construídos a partir da distinção entre o conteúdo da obra (*Werkbereich*) e seus efeitos sociais (*Wirkbereich*) e da exigência de um dever estatal específico de tutela.¹¹ Com base neles, a invocação genérica da discriminação estrutural não basta para proibir uma obra musical, e a responsabilização civil ou penal só é admissível quando esses requisitos forem demonstrados.

Em relação à ordem de exposição, o artigo é estruturado em cinco seções: (i) a primeira explicita as bases metodológicas da pesquisa; (ii) a segunda desenvolve uma descrição das decisões judiciais selecionadas; (iii) a terceira, promove uma análise teórica com base em perspectivas feministas, mormente de Catharine MacKinnon e de Judith Butler; e (iv) a quarta aborda uma avaliação dogmática da colisão entre a liberdade artística e o direito de igualdade; (v) seguida de uma proposta de reconstrução dogmática.

⁹ Sobre o debate acerca do efeito silenciador, com uma exposição dos argumentos feministas a favor da restrição: FISS, 2005. Sobre o discurso de ódio: DWORKIN, 1996 e WALDRON, 2012. Sobre a pornografia: TITO; FERREIRA, 2020; BUTLER, 2021 e MACKINNON, 1993.

¹⁰ Seria interessante se outros pesquisadores fizessem o mesmo em outras jurisdições, a fim de construir um diagnóstico amplo da questão da perspectiva técnica-jurídica, e não apenas do aspecto filosófico e político.

¹¹ MÜLLER, 1969, p. 62.

2. METODOLOGIA

A metodologia adotada baseou-se em uma investigação empírica e qualitativa da jurisprudência. O gênero funk foi eleito como recorte empírico da tensão entre liberdade artística e igualdade de gênero nas produções musicais em geral. Foram buscados casos nos sites oficiais do STF, dos TRFs (1º ao 5º) e, complementarmente, nos 27 tribunais estaduais brasileiros.¹² Nos campos de busca foram inseridas as expressões “funk”, “discriminação” e “mulher”, separadas pelo conector “E”, e, com isso, foram identificados 45 casos judiciais. Em seguida, eliminaram-se os casos que abordassem o funk de forma lateral, mantendo-se apenas aqueles que discutiam a possibilidade de proibir (ou censurar) uma música, bem como aqueles que avaliavam a possibilidade de indenização ou de condenação criminal em face dos artistas ou das distribuidoras dessas obras.

Com base nesses critérios de seleção e considerando o enfoque da pesquisa em analisar exclusivamente casos que tratassem da possibilidade de censura musical e que discutissem a indenização ou a condenação criminal em razão do teor da letra da música, a seleção resultou em uma amostra de 4 decisões para análise.¹³ A amostra inclui o caso da banda U.D.R., cujas letras se autodenominam funk e que foi identificado pelos mesmos termos de busca. Trata-se do único caso selecionado que discute a responsabilização criminal pelo teor da letra da música, uma das hipóteses previstas nos critérios de seleção.

O número de decisões selecionadas limita a generalização estatística dos resultados, característica dos métodos quantitativos de análise. Por isso, a análise qualitativa aqui realizada visa à generalização analítica, dirigida à construção teórica e de conceitos, o que dispensa a enumeração estatística de julgados.¹⁴ Duas decisões se referem ao mesmo caso (“Tapinha”), sendo uma delas do TRF-4 e outra do STF.

No aspecto qualitativo, a pesquisa identificou o resultado dos casos (se resultou em proibição ou indenização) e realizou uma análise acerca da consistência da fundamentação dessas decisões com base em três pilares: (i) na discussão filosófica e política do movimento feminista sobre a colisão entre o direito à liberdade de expressão artística e o direito de igualdade, cujos critérios de análise foram as ideias centrais trazidas por Judith Butler e Catharine MacKinnon; (ii) no sistema geral de direitos fundamentais, tendo como parâmetro o rigor jurídico-dogmático esperado de decisões judiciais, cujos critérios se basearam na literatura especializada sobre o tema, bem como na concepção dos direitos fundamentais como direitos de resistência¹⁵ e, por fim, (iii) os precedentes sobre a interpretação desses direitos, cujo critério de análise se baseou em pesquisa de

¹² A pesquisa foi realizada através de busca na plataforma *Jusbrasil*, cujo uso como meio de pesquisa confiável e precisa está difundindo, inclusive através de parcerias com instituições de pesquisa, como a desenvolvida pelo Instituto de Direito Público sobre a aplicação da LGPD, que resultou no Painel disponível em: <https://painel.jusbrasil.com.br/#analise>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹³ O processo nº 5052820-72.2019.4.02.5101 (2º TRF), 0001233-21.2003.4.04.7100 (4º TRF), 1.0024.12.266703-3/001 (TJMG) e RE nº 1.278.070. A pesquisa nos sites citados foi feita em 04/10/2025.

¹⁴ IGREJA, 2017, p. 16

¹⁵ Sobre o rigor das pesquisas e análises jurídicas, incluindo, a dogmática/doutrinária: ROUX, 2014. No contexto brasileiro: FERRAZ JR., 2015. Sobre a concepção dos direitos fundamentais como direitos de resistência, conferir: MARTINS, 2012.

mestrado que categorizou as decisões do STF sobre a liberdade de expressão artística em um recorte temporal de 1988 até 2023.¹⁶

Mesmo que esse recorte não esgote todos os debates relacionados às características do âmbito de proteção da liberdade artística, o trabalho apresenta, com base neste percurso, um panorama teórico fundamentado e detalhado do ponto de vista dogmático, que contribui para a reflexão acadêmica a esse respeito e também pode auxiliar o operador do direito que seja confrontado com casos envolvendo a aplicação deste direito.

3. ANÁLISE QUALITATIVA DOS JULGAMENTOS SELECIONADOS

3.1 CASO “TAPINHA” – PRIMEIRA DECISÃO

O caso versa sobre a possibilidade de condenação da produtora musical *Sony* ao ressarcimento de danos morais difusos decorrentes do teor discriminatório em relação às mulheres contido na música de *funk* “Tapinha”. O Tribunal Regional Federal da Quarta Região julgou o caso em 2010, e impôs uma condenação no valor de quinhentos mil reais, ao entender que é dever da produtora definir se a música veicula um conteúdo socialmente aceitável.¹⁷

Os argumentos foram baseados em aspectos jurídicos e extrajurídicos, dentre os quais, o movimento que acarretou na promulgação da Lei Maria da Penha.¹⁸ Concluiu que a música legitimava a violência contra a mulher, por transmitir a ideia de que o sofrimento é prazeroso, considerando, portanto, que o seu efeito social seria o fortalecimento do preconceito de gênero.¹⁹ Foi apresentado o critério de ponderação, embora sem o embasamento de uma metodologia própria para aplicá-lo, considerando-se apenas a necessidade coletiva, o bem-estar geral e a utilidade social.²⁰ Por fim, foi apontado o “Princípio Democrático”,²¹ que permitiria a restrição de conteúdos pontuais, como o discutido nos autos.

3.2 CASO “TAPINHA” – SEGUNDA DECISÃO

O mesmo caso foi julgado pelo STF em 2023. Aqui, a Corte concluiu que não houve ofensa à liberdade de expressão artística e afastou a condenação da produtora musical com base em quatro fundamentos principais. O primeiro se pautou na

¹⁶ SANTOS, 2024.

¹⁷ BRASIL, 2015, p. 53.

¹⁸ BRASIL, 2015, p. 53.

¹⁹ BRASIL, 2015, p. 53.

²⁰ BRASIL, 2015, p. 54.

²¹ Ver artigo 1º, III e art. 3º, I em: BRASIL, 1988.

posição preferencial da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a Corte citado precedentes consolidados de sua jurisprudência.²²

Nesse sentido, argumentou que, havendo dúvidas quanto a licitude de um conteúdo, é preferível a proteção artística. O segundo argumento baseou-se nos diversos sentidos possíveis que a música pode ter (seja como ofensiva, seja como uma forma de empoderamento feminino ou afronta ao patriarcado, seja como manifestação cultural), de modo que essa amplitude não autoriza a condenação.²³

O terceiro fundamento baseou-se no efeito desencorajador (*chilling effect*), de modo que a compreensão da sociedade na época em que foi lançada (2001) difere da atual. Nesse sentido, a Corte considerou que o significado atribuído à obra artística está intrinsecamente ligado ao contexto social ao qual foi produzida e enfatizou o risco de abrir um precedente autorizativo da censura.²⁴

Enfim, o quarto fundamento está pautado na ideia de igualdade. Por se tratar de um gênero musical nascido nas favelas cariocas, o *funk* é comumente alvo de preconceitos.²⁵ Assim, a sua proteção como forma de expressão artística fortaleceria a cultura desse grupo marginalizado.

3.3 CASO “SURUBINHA DE LEVE”

O caso discutiu a possibilidade de censura da música “Surubinha de Leve” na plataforma *Youtube*,²⁶ cujo pedido foi acolhido pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que também considerou elementos jurídicos e extrajurídicos na decisão. Em primeiro lugar, reforçou o processo sociopolítico de reconhecimento e consolidação dos direitos das mulheres, citou o objetivo da República de promover o bem a todos, sem preconceitos (art. 3º, inciso IV, da CF), o Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, III, da CF), além da Convenção de Belém do Pará e da Lei Maria da Penha.

Em nível teórico, foi citada a “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”²⁷ e precedentes do STF, como a ADI 4.424, em que se desenvolveu a ideia de que a cultura nacional perpetua a condição da inferioridade feminina e dificulta o alcance dos objetivos igualitários.²⁸ Assim, concluiu que a letra da música traduz uma cultura violenta e gera efeitos nocivos à sociedade, como a incitação ao estupro.²⁹

Na perspectiva jurídica, reforçou que a restrição de um direito fundamental é cabível apenas quando houver perigo de causar danos ou de uso abusivo do direito,³⁰ o que é analisado com base na mensagem central transmitida (o espírito

²² BRASIL, 2023a, p. 9.

²³ BRASIL, 2023a, p. 9.

²⁴ BRASIL, 2023a, p. 11.

²⁵ Sobre perseguição seletiva do *funk*, ver: CYMROT, 2011, p.116-128.

²⁶ A música diz: “Pode vim sem dinheiro/Mais traz uma piranha/Brota e convoca as puta/Mais tarde tem ferver/Hoje vai rolar suruba/Só surubinha de leve/Surubinha de leve com essas filha da puta/Taca bebida depois taca pika/E abandona na rua”.

²⁷ BRASIL, 2020, p. 4.

²⁸ BRASIL, 2020, p. 4-6.

²⁹ BRASIL, 2020, p. 6-7.

³⁰ BRASIL, 2020, RIO DE JANEIRO, 2020, p. 10.

por trás da música, nas palavras da julgadora), que está além da literalidade, mas abarca também os resultados eventualmente gerados.³¹ No caso, concluiu que os efeitos – corroborados pelo grande alcance social do *funk* – foram o reforço da dominação masculina e da inferioridade da mulher, sendo cabível a censura.³²

3.4 CASO DA BANDA U.D.R.

O julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais trata da possibilidade da condenação criminal de um dos participantes da banda “U.D.R.” pela prática dos crimes de incitação pública à prática de crime de estupro de vulnerável, homicídio e uso de drogas (art. 286 CP) e induzimento à prática ou discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 20 da Lei 7.716/89), em razão das músicas de funk produzidas pela banda, cujo conteúdo tinha teor discriminatório não apenas em relação às mulheres, mas também a grupos étnicos, religiosos e minorias sexuais.³³

O Tribunal manteve a condenação criminal do acusado com base no “critério da ponderação”,³⁴ embora ausente a adoção de uma metodologia controlada. A decisão concluiu que houve abuso da liberdade de expressão, por desrespeito ao cristianismo, ao islamismo e a objetos de culto e adoração e que, com base na análise do conteúdo, era clara a intenção de incitar a prática de crimes.³⁵

4. DEBATE TEÓRICO DE FUNDO: TEORIAS DE CATHARINE MACKINNON E JUDITH BUTLER

Os temas tratados em tais julgados encontram ressonância em um debate teórico mais amplo, envolvendo duas conhecidas autoras do movimento feminista norte-americano. Catharine MacKinnon é uma delas. Sua perspectiva parte da afirmação da existência de uma desigualdade institucional e estrutural, que gera danos às mulheres, o que justifica a proibição de determinados conteúdos perigosos à concretização da igualdade. Com base nessa conjectura, a desvalorização feminina assume tamanha proporção que torna árdua a percepção de que determinado conteúdo se enquadra nesse grupo.³⁶ A dinâmica de dominação-subordinação

³¹ BRASIL, 2020, p. 11.

³² BRASIL, 2020, p. 11.

³³ Dentre as músicas citadas está o “Bonde da Mutilação”, que diz: “Estupre um cabrito, é muito engaçado/Depois ateie fogo no cadáver desmembrado [...] Pegue uma velha, deixe ela pelada/Ponha fogo no cabelo e apague na paulada. Funkeiro sangue bom, é Funkeiro sangue frio/Estupra mãe, estupra pai e também estupra filho/Vô taça fogo nocê, Vô estupra o seu bebê [...] Estuprando sua família numa sauna mista gay/Sangue nas paredes, vículas no teto/O bonde Carnificina não perdoa nem os feto”. Essa e demais letras foram mencionadas em: MINAS GERAIS, 2017, p. 19-38.

³⁴ MINAS GERAIS, 2017, p. 12 e 15.

³⁵ MINAS GERAIS, 2017, p. 13-14.

³⁶ MACKINNON, 1993, p. 18.

entre os sexos é concebida como natural e é fruto de uma construção social constante que culmina na discriminação-mãe das demais, a pornografia,³⁷ razão pela qual abomina a sua proteção como aparato da liberdade de expressão.³⁸

Na sua perspectiva, consequentemente, na medida que um conteúdo pornográfico é reproduzido pelos meios de comunicação, a desigualdade se reforça.³⁹ Estaria se importando para a realidade uma “ideia” que só existe na pornografia, de modo a aumentar os empecilhos à igualdade.⁴⁰

Quando decisões judiciais apresentam uma linha argumentativa que se coaduna com tais ideais, há um indício da presença da lógica da corrente apresentada por MacKinnon, ainda que inconscientemente. Entre os casos analisados, é possível considerar que a decisão do TRF-4, no caso “Tapinha”, e a sentença no caso “Surubinha de Leve”, estão em consonância com essa visão, por terem sido considerados os prováveis efeitos negativos da música para a igualdade de gênero, isto é, foi justamente a apologia à violência contra a mulher que justificou a condenação em ambos os casos. Isso reforça um dos pressupostos do pensamento de MacKinnon, segundo a qual haveria um efeito social devastador advindo da proteção de conteúdos que poderiam ser enquadrados como “pornográficos”.⁴¹

Em um dos casos foi apontado que a potencialidade do efeito danoso também justificaria a sua restrição. Foi considerada a força das ideias subordinatórias culturalmente estabelecidas em prol da perpetuação das condições de inferioridade feminina. Essas ideias se aproximam da teoria de MacKinnon, na medida em que um conteúdo sexualmente explícito é apresentado por meio de palavras ou imagens degradantes, humilhantes ou violentas, contribuindo para tal subordinação.⁴² Esses julgados validam a ideia da autora de que a representação pornográfica é responsável por construir uma realidade social onde o ato e o discurso se confundem.⁴³

Uma leitura feminista distinta é encontrada na obra de Judith Butler. O cerne da sua teoria gira em torno dos atos de fala, que podem assumir duas formas: ato perlocutório e ato performativo.⁴⁴ O primeiro refere-se àqueles que residem exclusivamente em um plano teórico. O segundo, gera efeitos concretos através de uma conduta. Diante disso, a autora reflete sobre como seria possível conjecturar essa relação entre causa e efeito, e se um discurso pornográfico poderia gerar efeitos concretos. De acordo com sua perspectiva, essa não é a regra, embora seja possível. Não haveria, portanto, como concluir pela existência de um efeito objetificador que colocasse a mulher em uma esfera de inferioridade. A pornografia se aproximaria, assim, de um ato perlocutório, de modo que seria incabível e desmedido admitir a existência de uma forma de controle estatal sobre esse tipo de conteúdo.

³⁷ TAVARES; LOIS, 2016, p. 168.

³⁸ MACKINNON, 1993, p. 8.

³⁹ MACKINNON, 1993, p. 11-13.

⁴⁰ MACKINNON, 1993, p. 19.

⁴¹ MACKINNON, 1993, p. 11-13.

⁴² MACKINNON, 1993, p. 22-23.

⁴³ MACKINNON, 1993, p. 26-31.

⁴⁴ BUTLER, 2021.

Uma justificativa para essa compreensão se relaciona com a influência de Foucault na construção da concepção de poder para Butler. Na sua perspectiva, o poder tem um caráter difuso, sendo incabível identificar um grupo apto a utilizar-se desta estrutura, excluindo os demais (agentes estatais ou privados).⁴⁵ Com isso, a pornografia é ressignificada, pois pode ser empregada com diversas conotações, inclusive no sentido combativo aos atos discriminatórios. Tal amplitude é intrínseca ao processo democrático.

Por isso, Butler defende que banir um discurso *a priori* significaria dizer que a norma constitucional apenas protege ideais universalistas, traduzindo-se numa “contradição performativa”⁴⁶: ao partir de um padrão universalista, o efeito da restrição de um conteúdo tido como discriminatório pode ter justamente o efeito oposto do que se espera, isto é, a exclusão de grupos vulnerabilizados (como exemplo, a proibição de exposições de obras da arte *queer*).

Diante disso, nenhum dos casos retrata diretamente as ideias de Butler, embora a decisão do STF tenha mais se aproximado, por dar voz ao grupo vulnerável. Isso indica que eventuais leituras sobre a sociedade, o patriarcado, as instituições e as próprias funções dos direitos fundamentais em uma democracia podem sugerir diferentes resultados em casos envolvendo pautas discriminatórias. Cada articulação filosófica e política, ainda que disponha de um único escopo, diverge quanto aos limites da liberdade.

Assim, o cenário brasileiro apresenta dois problemas. O primeiro tem base teórica. Embora as teorias apresentadas partam de premissas e cheguem a conclusões distintas, as autoras desenvolvem seus argumentos de forma concatenada, pois se baseiam em teorias dos direitos fundamentais estruturadas, isto é, há um refinamento teórico em ambos os movimentos.⁴⁷

Já nas decisões, apesar de tecerem raciocínios que se assemelham em partes aos apresentados pelas autoras, o grau de detalhamento sobre aspectos relevantes da aplicação do direito (como a natureza da discriminação social das mulheres) e a coerência interna (da própria decisão) e externa (em relação à jurisprudência como um todo) são abordados de forma superficial. Isso representa uma deficiência prática, não só porque há o dever de fundamentação adequada, de coerência e de respeito aos precedentes,⁴⁸ mas também porque a legitimação da decisão decorre de sua coerência argumentativa interna e externa. E isso não existe quando a decisão é contraditória ou apresenta argumentação insuficiente.

O segundo problema é de premissa silogística para resolução dos casos. O debate aqui reproduzido entre as diferentes correntes do feminismo sobre os limites da liberdade de expressão apenas ilustra algo que é normal e até desejável no meio acadêmico: a pluralidade de ideias e a diversidade de abordagens sobre o mesmo objeto. Tratando-se de casos judiciais que devem partir de uma dogmática jurídica consistente para serem resolvidos, o problema surge quando se deixa à livre escolha dos julgadores quais teorias serão adotadas para justificar uma

⁴⁵ BUTLER, 1997.

⁴⁶ BUTLER, 2021, p. 98-99.

⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, 2017.

⁴⁸ SCHAUER, 2009.

decisão, principalmente quando se constata que a própria literatura especializada e os diferentes grupos do mesmo movimento não chegaram a uma conclusão.

O ordenamento jurídico brasileiro baseia-se primariamente no teor textual da norma legislada, de modo que seu detalhamento dogmático se mostra muito mais significativo. Aqui, os textos normativos constituem o ponto comum para que os diferentes atores sociais e políticos estabeleçam as suas demandas e direcionem as suas atuações. Assim, elementos filosóficos e os argumentos políticos só deveriam ser utilizados na medida em que auxiliam na compreensão e manuseio desses textos.⁴⁹

Diante dessa análise, conclui-se que as decisões judiciais sobre os direitos fundamentais e seus limites não deveriam ser pautadas apenas por argumentos inteiramente livres sobre as noções e institutos em “jogo” no caso concreto (liberdade de expressão, conceito de arte, isonomia, igualdade de gênero, entre outros) e descolados dos parâmetros textuais estabelecidos pelo sistema constitucional positivo. Fora isso, ainda que essa forma decisória fosse legítima, os argumentos utilizados nas decisões analisadas não são suficientemente consistentes em relação ao que se espera de uma fundamentação judicial.

Se a base filosófica, política e, em suma, teórica que perpassa as decisões é fraca, então, ao menos, o detalhamento jurídico, em sentido técnico, deveria ser suficientemente estruturado e coerente. Essas são questões de cunho dogmático ou doutrinário que constituirão o objeto de análise da próxima seção. Mas, infelizmente, os resultados não são otimistas.

5. ANÁLISE DOGMÁTICA

A noção de dogmática jurídica possibilita a superação provisória do problema da decidibilidade no Direito.⁵⁰ Isso porque, ao contrário dos modelos teóricos que buscam ampliar o horizonte de compreensão de um fenômeno jurídico, como as correntes jusfilosóficas analisadas previamente, a dogmática envolve buscar respostas normativamente consistentes (conforme o dever-ser da norma) para que sejam replicáveis a casos futuros.⁵¹ A dogmática não busca construir verdades, mas sim decisões possíveis.

Por isso, são elementos que compõem tal metodologia: a relevância prática de teorias e modelos, a inegabilidade dos pontos de partida, a disciplina das incertezas, a busca da neutralidade decisória, enfim, a eficácia e a operacionalização de normas jurídicas.⁵² A sua construção é sedimentada nas seguintes categorias.⁵³ A primeira delas envolve a definição de um âmbito de proteção (conteúdo protegido pelo direito fundamental), bem como a análise das restrições ou intervenções do Estado (ou de outra instituição de poder social relevante) nessas áreas protegidas. Se existir essa restrição ou intervenção, é

⁴⁹ Em sentido similar: RAMOS, 2017.

⁵⁰ Nesse sentido: FERRAZ JR., 1980, p. 22 e ss.

⁵¹ Conferir: FERRAZ JR., 2017, p. 19–29.

⁵² Para uma sistematização dessas características, conferir: FERREIRA, 2021, p. 20–27.

⁵³ Nesse sentido, considerando as manifestações brasileiras até mesmo de tribunais, conferir a ampla obra: DIMOULIS; MARTINS, 2021.

necessário investigar se ela é justificada e, por isso, constitucional, o que constitui o segundo passo da análise dogmática. No direito brasileiro, essa investigação geralmente é feita com base no critério, mundialmente conhecido e debatido, do teste da proporcionalidade.⁵⁴

O diagnóstico brasileiro sobre os limites do *funk* no contexto da igualdade de gênero que esta pesquisa se propôs a desenvolver se pautou em duas balizas constitucionais elementares: a liberdade artística e o direito à igualdade, que é o principal parâmetro constitucional para avaliar eventuais discriminações legais e sociais.

O tema da liberdade artística é complexo em todo o mundo, mas seu enquadramento jurídico é particularmente desafiador no Brasil. Isso ocorre principalmente porque a literatura especializada diverge quanto à sua natureza jurídica, uma vez que alguns a enquadram como direito autônomo,⁵⁵ enquanto outros a consideram uma forma de exercício da liberdade de expressão.⁵⁶ Na Constituição Federal, a menção expressa ao âmbito artístico surge no inciso IX do art. 5º, muito embora seja prática comum do Supremo Tribunal Federal referir-se ao inciso IV do mesmo artigo para tratar de casos de liberdade artística⁵⁷. Fora isso, a Constituição menciona outros dispositivos relacionados à arte, como o art. 220 (Comunicação Social) e o inciso XIV do art. 5º, que trata do acesso à informação.⁵⁸

Diante desse inventário normativo, emergem problemas dogmáticos de elevada complexidade. Os dispositivos constitucionais que tutelam a liberdade de expressão e a liberdade artística não operam de forma isolada, mas integram um sistema normativo que exige uma reconstrução interpretativa de suas relações estruturais. Impõe-se examinar se tais preceitos mantêm entre si vínculos de complementaridade, de especialidade ou de eventual sobreposição funcional. A proteção da liberdade artística pode estar ancorada em mais de um fundamento constitucional, o que suscita a necessidade de delimitar o âmbito de incidência de cada dispositivo e de aferir se há hipótese de concorrência normativa ou de colisão aparente entre eles.

Nesse contexto, a relação entre o art. 5º, IX, e o art. 220 da Constituição não se reduz a um suposto “pleonismo jurídico”, devendo ser analisada à luz de suas respectivas funções sistemáticas, densidades normativas e campos de aplicação. Embora parte significativa da literatura comparada trate a liberdade de expressão como gênero que abrange as manifestações artísticas, essa construção dogmática não se projeta automaticamente sobre o sistema constitucional brasileiro, que possui estrutura textual própria e categorias normativas específicas.⁵⁹ Enfim, a delimitação do conceito constitucional de arte revela-se, assim, como um elemento central do debate.

⁵⁴ POSCHER, 2020, p. 49-68 e POSCHER, 2021.

⁵⁵ NATARELLI, 2012, p. 49-63 e CANOTILHO; MENDES; STRECK; SARLET, 2018.

⁵⁶ AGUIAR, 2013.

⁵⁷ Ver o compilado de casos em que essa característica foi identificada em: SANTOS, 2024.

⁵⁸ Para compreender melhor a problematização da relação entre tais normas, ver: FERREIRA, 2021, p. 146-149 e SANTOS, 2024, p. 21-23.

⁵⁹ STONE; SCHAUER, 2021; KOLTAY, 2018 e KRÓL, 2018.

A qualificação de determinadas manifestações culturais — como o funk — como expressão artística demanda critérios normativos e não meramente valorativos. Do mesmo modo, a análise de músicas com conteúdo discriminatório, independentemente do gênero musical, exige distinguir entre a proteção formal da manifestação artística e os limites constitucionais decorrentes da vedação a discursos ilícitos ou atentatórios a direitos fundamentais de terceiros.

Isso mostra o quanto o estudo da liberdade artística demanda tamanha complexidade e é composto por múltiplas ramificações que transcendem o escopo ora delimitado⁶⁰. Ao trazer essa discussão para a análise dos casos, ficou evidenciado que embora exista uma tendência de aplicar conjuntamente os incisos IV e IX do art. 5º,⁶¹ as decisões não aplicam expressamente tais dispositivos de forma metodologicamente clara — isto é, não há definição do âmbito de proteção da liberdade artística, nem das intervenções admitidas, e muito menos aplicação coerente do critério da proporcionalidade. Embora o STF tenha apresentado uma maior extensão de citações acadêmicas e dados em sua decisão, esses dispositivos são usados de forma casuística, diante da ausência de critérios. Assim, as decisões não elucidam do aspecto puramente normativo quais são os limites da liberdade artística e muito menos se as músicas discriminatórias são um desses limites.⁶²

Uma característica central da liberdade artística está relacionada à aplicação da proporcionalidade, mas não foi tratada nas decisões: a definição de censura. Em outra oportunidade, ao discutir sobre a censura de uma obra artística, o STF afirmou que a retirada de conteúdo apenas é autorizada excepcionalmente quando a ponderação evidenciar o abuso de direito e a incitação à violência ou à discriminação e discurso de ódio.⁶³ Porém, em todos esses julgados, a Corte não enfrentou as questões dogmáticas vinculadas ao conceito de censura, o que prejudica seu papel dogmático, na medida em que não auxilia o adequado funcionamento do ordenamento jurídico nem a orientação para casos futuros.

As decisões também não abordaram a definição do direito à liberdade artística. Apesar da amplitude e interdisciplinaridade do seu conteúdo, outra pesquisa já demonstrou que a Corte Constitucional brasileira tende a adotar uma postura de autocontenção ao analisar casos envolvendo obras artísticas.⁶⁴ No entanto, ao comparar essa atuação com o modo como a Corte Europeia de Direitos Humanos lida com o mesmo tema, observou-se que a Corte tende a adotar uma postura ativa para definir o conteúdo como artístico e que essa atuação tem contribuído para uma melhor delimitação do escopo protegido.⁶⁵

Uma vez que o conteúdo protegido não foi delimitado nos casos, ficou prejudicada a avaliação das restrições admitidas e dos critérios a serem considerados para a aplicação da proporcionalidade. A incongruência da aplicação desse critério em casos de liberdade artística, especificamente no STF, já foi

⁶⁰ Tais questões trazem pontos cruciais sobre a liberdade artística que podem ser abordadas em pesquisas futuras.

⁶¹ Ocorrido nos casos dos TRFs e do TJMG analisados nesta pesquisa.

⁶² Diferentemente da jurisprudência nacional, há na literatura algum esforço dogmático de tratamento da liberdade de expressão artística. O mais analítico e sistemático deles é: MARTINS, 2015.

⁶³ BRASIL, 2023a, p. 14.

⁶⁴ Sobre as possíveis definição de arte, ver: SANTOS, 2024, p. 115-116.

⁶⁵ Acerca dos horizontes de aperfeiçoamento da aplicação da liberdade artística no contexto brasileiro, ver: SANTOS, 2024, p. 115-131.

identificada em pesquisa anterior, de modo que a Corte por vezes aplica a ponderação de valores e, em outros casos, se baseia nos clássicos subcritérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁶ O que se extrai disso tudo é que, dos casos analisados, não foi possível identificar uma forma sistematizada de aplicar a proporcionalidade, o que é problemático, tendo em vista a ausência de critérios gerais e objetivos que direcionem o aplicador deste direito.⁶⁷

Soma-se a isso que, se o que está em análise é a discriminação de gênero, surge a segunda baliza constitucional em questão: o direito à igualdade. Sob o aspecto normativo, seu fundamento está no *caput* do art. 5º. Os casos analisados parecem colocar a igualdade como um valor colidente com a liberdade de expressão, embora inexista sedimentação dogmática sobre como realizar o dito “balanceamento” entre esses dois direitos fundamentais. Também não é esclarecido por que não se utilizou a proporcionalidade para avaliar esse suposto conflito. Sobre esse ponto, é importante destacar que a literatura especializada acerca do conteúdo do direito de igualdade tem visões distintas sobre a possibilidade de utilização dogmática conjunta do critério da proporcionalidade e o direito constitucional de igualdade.

Um expoente da tese de separação entre igualdade e proporcionalidade foi Peter Lerche.⁶⁸ Para esse autor, diferentemente dos demais direitos fundamentais, a proteção à igualdade não exigiria a separação entre o âmbito de proteção e o de intervenção. Por isso, as medidas que diferenciam ou igualam grupos ou sujeitos, seriam razões intrínsecas a esse direito fundamental, e não restrições a ele.⁶⁹ Se essa posição for adotada, não teria sentido, como fizeram os casos analisados nesse trabalho, mencionar “ponderação” ou “conflito” entre liberdade artística e igualdade, pois, sem restrição do direito, não há proporcionalidade.⁷⁰

Há, por outro lado, quem defenda a existência de um tipo específico de desigualdade: a desigualdade indireta, que se manifesta quando critérios normativos neutros do ponto de vista jurídico podem gerar desigualdades de fato ao serem aplicados. Nessa perspectiva, o uso da proporcionalidade faria sentido na operacionalização constitucional da igualdade, pois apenas a análise dos impactos proporcionais dos fatores de diferenciação concretos permitiria aferir a validade da norma questionada. No Brasil, o principal defensor dessa tese e quem trouxe uma construção dogmática completa de aplicação do direito de igualdade foi Dimitri Dimoulis.⁷¹

Esse debate passa ao largo das decisões citadas, em que nem mesmo formulações básicas de aplicação do direito à igualdade realizadas pela literatura brasileira foram mencionadas nas decisões analisadas. Esse é o caso da clássica configuração de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a aplicação da

⁶⁶ SANTOS, 2024, p. 117-120.

⁶⁷ Embora já identificados indícios quanto a forma de julgamento do STF em casos envolvendo arte, capazes de indicar balizas a serem aprimoradas em pesquisas futuras. Para mais informações, ver: SANTOS, 2024, p. 117-120.

⁶⁸ LERCHE, 1961. Nesta mesma linha, ver MARTINS, 2022, p. 101, para quem “o *Tatbestand* equivale aqui (no caso do direito à igualdade) não à intervenção em direito de liberdade, mas ao tratamento desigual”.

⁶⁹ Comentário sobre isso em: HUSTER, 1994, p. 541-549.

⁷⁰ LAURENTIIS, 2017.

⁷¹ DIMOULIS, 2021.

igualdade depende da identificação do “fator *discrimen*”, da finalidade pretendida com a discriminação e da relação lógica entre eles.⁷²

Diante da ausência de critérios específicos para a aplicação dos direitos mencionados, uma possível solução para a estabilização das expectativas poderia ser encontrada no sistema de precedentes. Mas esse caminho também não é frutífero, pois os precedentes citados nas decisões selecionadas são utilizados de forma retórica e pouco aprofundada. No caso da Banda UDR, por exemplo, o TJMG não utilizou precedentes horizontais e limitou-se a citar decisões de tribunais superiores, mencionando o HC 237.791 do STJ quanto à culpabilidade e o HC 82.424 (caso Ellwanger) sobre os limites da liberdade de expressão. Todavia, ao interpretar esse precedente como aplicável genericamente a manifestações artísticas com conteúdo discriminatório, o Tribunal adotou leitura extensiva que não foi expressamente afirmada pelo STF, cujo julgamento se restringiu à apologia ao nazismo, sem esclarecer sua incidência sobre outras formas de discriminação. Por isso, embora tenha buscado alinhamento à jurisprudência superior, a decisão careceu de fundamentação dogmática consistente quanto ao cabimento do precedente ao caso concreto, não oferecendo parâmetros claros para a aplicação da liberdade de expressão artística em situações semelhantes.

De forma semelhante, no caso “Surubinha de leve” foram invocados quatro precedentes para sustentar que a limitação não configuraria censura e que a proteção dos direitos das mulheres, à luz da Lei Maria da Penha e de tratados internacionais, deveria orientar a decisão.⁷³ Novamente, embora a decisão tenha buscado respaldo na jurisprudência superior, os precedentes funcionaram mais como reforço retórico do que como fundamento normativo estruturado, já que o próprio acervo dos Tribunais Superiores admite soluções distintas, como demonstra a trajetória do caso “Tapinha”. Essa fragilidade decorre não apenas do órgão julgador, mas também do baixo refinamento dogmático das decisões e da dificuldade de delimitar o que efetivamente constitui precedente constitucional.

Por fim, nas decisões do caso “Tapinha” precedentes também foram pouco explorados. O TRF-4 citou apenas um precedente em sua fundamentação (Resp 797.989/SC), cujo conteúdo apenas possibilitava a adoção do parecer do Ministério Público como parâmetro decisório. Por outro lado, o STF utilizou sua própria jurisprudência ao citar a ADPF n. 130 e a ADI n. 4815 para reforçar a vedação à censura e o caráter preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro. Evocou ainda a ADPF 187 e a ADI 4174 para reafirmar que a liberdade de expressão protege manifestações críticas e controvertidas em espaços públicos, bem como a Reclamação 38.782 e a ADI 4451 para ilustrar sua jurisprudência contrária a medidas de censura. Ao final, afirmou que, havendo dúvida quanto à licitude do conteúdo, deve prevalecer a interpretação que prestigie em maior extensão o direito fundamental à liberdade de expressão.⁷⁴ Essa fundamentação apresenta dois problemas dogmáticos.

Primeiro, ao admitir a existência de dúvida a respeito da licitude do conteúdo, a Corte evidencia a ausência de critérios decisórios suficientemente

⁷² MELLO, 2013.

⁷³ Foram citados julgamentos do TRF-4, Embargos Infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS; STJ, REsp. nº 1.664.581; STF, ADI nº 4.424; STF, Inquérito nº 3.932/DF.

⁷⁴ BRASIL, 2023b, p. 9.

definidos para orientar a interpretação constitucional. Segundo, ao enquadrar a arte como manifestação cultural e utilizar sua difusão social como elemento de legitimação, o Tribunal adotou um critério conceitual pouco estruturado, que acaba por transferir aos próprios titulares a definição do que deve ser reconhecido como arte constitucionalmente protegida.

6. PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

Diante do fracasso da jurisprudência e da literatura nacionais em apresentar critérios convincentes para a orientação decisória e interpretativa do direito fundamental à liberdade de expressão, apresenta-se aqui um conjunto de critérios de orientação que, sem indicar o conteúdo final e conclusivo do direito fundamental em questão em todas as hipóteses, possibilita ao intérprete o manejo mais seguro e fundamentado dos conflitos envolvendo tal direito. Tais critérios de manejo são derivações do conteúdo material deste direito, tal como positivado na Constituição Federal de 1988, e servem, ao mesmo tempo, de guia para a aplicação do teste da proporcionalidade em casos que envolvam sua aplicação. Nesse sentido, o primeiro passo a ser avaliado diz respeito à legitimidade (ou constitucionalidade) da ação interventiva.

Quanto a isso, para além de ser absolutamente proibida a intervenção fundamentada unicamente no gosto pessoal do observador, é preciso ter em conta que a liberdade de expressão artística não tutela apenas opiniões ou conteúdos proposicionais, mas também protege a obra enquanto estrutura formal autônoma. Com base nessa constatação, Friedrich Müller propôs que a avaliação da legitimidade da intervenção no conteúdo artístico deve ter em conta a distinção entre o âmbito do conteúdo da obra (*Werkbereich*) e o âmbito de seus efeitos sociais (*Wirkbereich*).

O primeiro conceito refere-se à dimensão interna da criação artística, que abrange sua configuração estética, composição simbólica, organização estrutural e a unidade expressiva que lhe confere coerência. A obra não se reduz a um conjunto de enunciados literais, mas constitui uma totalidade formal cujo sentido emerge da articulação entre seus elementos. O significado jurídico da arte não pode ser extraído por fragmentação de seus trechos isolados, pois o núcleo protegido reside na integridade estrutural da manifestação.⁷⁵ Nos casos analisados, uma frase isolada de uma canção que seja considerada isoladamente preconceituosa ou misógina não pode servir de fundamento para a proibição de sua divulgação.

O âmbito dos efeitos da obra (*Wirkbereich*), por sua vez, abrange os efeitos produzidos na esfera pública, as interpretações possíveis, as reações culturais e os impactos atribuídos à manifestação artística. Diferentemente do âmbito do conteúdo, o âmbito social envolve os processos de recepção, apropriação e ressignificação, que estão fora do controle do artista. Não se pode, por isso, assumir como certo que obras de arte gerem, necessariamente e sempre, efeitos discriminatórios, mesmo que seu conteúdo esteja relacionado a temas de

⁷⁵ MÜLLER, 1969, p. 62 e ss.

preconceito contra grupos sociais. Uma vez que a causalidade entre a expressão artística e o comportamento social é complexa, mediada e contingente, não se pode imputar à obra de arte, de forma automática, os efeitos sociais que não estão estritamente ligados à construção formal da obra.

Ao julgar o caso "Tapinha", o TRF-4 imputa à obra, de forma automática, um único sentido e um único efeito, sem considerar os processos de recepção e ressignificação que integram o *Wirkbereich*. Por isso, ao reformar a condenação, o STF reconhece que a música comporta leituras diversas, como ofensa, empoderamento feminino ou manifestação cultural, e que seu significado depende do contexto em que foi produzida, o que confirma a impossibilidade de deduzir da obra um efeito discriminatório necessário.

A partir dessa base estrutural dos meios de intervenção ou de limitação do direito à liberdade artística, uma reconstrução dogmática exige, em segundo lugar, a distinção rigorosa entre desaprovação social e intervenção jurídica qualificada. Direito de defesa, a liberdade artística não protege o artista contra toda forma de crítica, reprovação pública ou rejeição cultural. Quanto menos confere a ele o direito a exigir a aceitação social de sua expressão artística. Direitos fundamentais de liberdade operam primariamente como limites à atuação estatal,⁷⁶ não como garantias contra ações sociais adversas.

Em termos estruturais, é necessário demonstrar que houve ato estatal que incida diretamente sobre o âmbito protegido, seja mediante proibição de circulação, imposição de sanção penal ou civil, retirada compulsória de conteúdo, condicionamento administrativo ou qualquer outra medida que restrinja o exercício da liberdade artística.⁷⁷

De forma inversa, nem todo incômodo moral, controvérsia pública ou impacto cultural negativo configura, por si só, violação constitucional. Apenas quando houver um dever estatal específico e juridicamente delimitado de tutela de direitos ou interesses diretamente afetados pela manifestação artística é que se poderá cogitar da existência de uma omissão constitucionalmente relevante. Nesses casos, a eventual não realização desse dever de proteção poderá ser examinada como violação reflexa do direito afetado pelo exercício da liberdade de expressão artística, e não como consequência automática do mero desagrado social decorrente da obra.

Essa lógica, contudo, não se aplica automaticamente às situações de discriminação estrutural baseadas em preconceitos de gênero. Embora o Estado possua deveres constitucionais de promoção da igualdade e de combate à discriminação, tais deveres não se traduzem em obrigação específica e imediata de neutralizar, por meio de restrições específicas à expressão artística, estruturas culturais amplas e historicamente consolidadas.⁷⁸ A desigualdade estrutural resulta de processos sociais complexos, distribuídos no tempo e em múltiplas esferas institucionais, cuja transformação não depende exclusivamente da intervenção sobre manifestações individuais, mas sim de políticas públicas mais amplas.

Além disso, o Estado não dispõe de meios diretos, suficientes e empiricamente controláveis para demonstrar que a supressão de determinada

⁷⁶ LAURENTIIS, 2017; POSCHER, 2003.

⁷⁷ TESSAR, 2008.

⁷⁸ MARTINS, 2022, p. 92 e 93.

obra artística produzirá uma alteração efetiva dessas estruturas. Assim, a invocação genérica da existência de discriminação estrutural não é suficiente para caracterizar descumprimento de dever estatal específico de tutela, nem para justificar, de forma automática, a restrição do conteúdo específico da obra (*Werkbereich*) sob o argumento de proteção reflexa da igualdade.

No julgamento do caso "Surubinha de Leve", o TRF-2 sustenta a ideia de que hábitos culturais perpetuam a inferioridade feminina e, a partir dela, deduz a legitimidade da censura, restringindo o conteúdo da obra com base em efeitos sociais apenas presumidos. Com isso, sem identificar dever específico de tutela nem demonstrar o nexo entre a retirada da música e a alteração das estruturas de discriminação invocadas, a decisão deixa a censura constitucionalmente injustificada e reduz a igualdade a argumento retórico.

Dessa forma, a reconstrução dogmática aqui proposta estabelece uma sequência metodológica indispensável à análise constitucional: primeiro, delimita-se o âmbito protegido da obra enquanto estrutura formal autônoma; segundo, distingue-se entre efeitos sociais atribuídos e interferência normativa qualificada; terceiro, verifica-se a existência de dever estatal específico de tutela apto a justificar eventual restrição (objetivo constitucionalmente tutelado, como o próprio direito de igualdade). Somente após a superação dessas etapas preliminares é que se abre espaço para a aplicação propriamente dita do teste de proporcionalidade. As particularidades da natureza da manifestação artística (como a musical) condicionarão o manuseio das evidências fáticas para a aferição concreta dos critérios de adequação e de necessidade na aplicação do teste da proporcionalidade.

Esse encadeamento dogmático impede que juízos morais difusos ou invocações genéricas de desigualdade estrutural substituam a fundamentação jurídica exigida para limitar direito fundamental. Ao exigir demonstração concreta de intervenção, nexo normativo e dever de proteção específico, a proposta reforça a racionalidade do controle constitucional e reduz o risco de decisionismo, conferindo maior estabilidade e previsibilidade à resolução de conflitos entre liberdade artística e outros interesses ou direitos, como a igualdade de gênero no sistema constitucional brasileiro.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo propôs-se a responder se é possível proibir músicas de conteúdo discriminatório contra as mulheres, a pretexto de promover a igualdade de gênero, e se, mantida sua circulação, há instituto jurídico aplicável aos danos delas decorrentes. Para isso, tomou o funk como recorte empírico de um problema que abrange as produções musicais em geral. Com base em quatro decisões selecionadas nos tribunais brasileiros, realizou um diagnóstico fundamentado em três pilares: o debate feminista entre Catharine MacKinnon e Judith Butler, o rigor dogmático esperado na aplicação dos direitos fundamentais e o uso dos precedentes.

O diagnóstico revela que as decisões chegaram a resultados opostos porque adotaram, sem declará-las, premissas teóricas divergentes. As que condenaram ou censuraram as obras aproximam-se dos pressupostos de MacKinnon, e a do STF aproxima-se parcialmente dos pressupostos de Butler. Nenhuma delas delimitou o âmbito de proteção da liberdade artística, esclareceu a estrutura dogmática do direito à igualdade ou aplicou a proporcionalidade de forma sistemática. Os precedentes serviram de reforço retórico e não de parâmetro decisório. As decisões analisadas não permitem, portanto, extrair critérios replicáveis sobre a colisão entre liberdade artística e igualdade de gênero.

A proposta de reconstrução dogmática responde a essa lacuna com uma sequência de etapas que antecede o teste de proporcionalidade. Primeiro, a obra é delimitada como uma estrutura formal autônoma. Segundo, os efeitos sociais atribuídos à obra são distinguidos da intervenção estatal qualificada. Terceiro, verifica-se a existência de um dever estatal específico de proteção. Aplicada às perguntas iniciais, essa sequência leva a duas respostas. A proibição fundada em trechos isolados, em efeitos sociais presumidos ou na invocação genérica da discriminação estrutural não se justifica constitucionalmente. A responsabilização civil ou penal, por constituir também uma intervenção, só é admissível quando essas etapas forem cumpridas.

A amostra não esgota os debates sobre o âmbito de proteção da liberdade artística, e o resultado indica que o problema ultrapassa o tema examinado: a liberdade de expressão artística encontra-se no "ponto zero da dogmática jurídica".⁷⁹ A delimitação do conceito constitucional de arte, a relação entre os incisos IV e IX do art. 5º e o art. 220 e a definição dogmática de censura permanecem como tarefas para a literatura jurídica e para a jurisprudência. Para essas tarefas, a sequência de etapas aqui proposta já oferece uma base: parâmetros que tornam controlável a justificação das intervenções na liberdade artística e permitem avaliar criticamente decisões futuras sobre a matéria.

⁷⁹ Sobre o grau zero da dogmática jurídica, conferir: em termos metodológicos gerais, LAURENTIIS, 2017, p.137-143; em relação ao direito de igualdade, DIMOULIS, 2021, p. 23-25.

REFERÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.278.070*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 28 set. 2023. Decisão monocrática. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/9/19E7ECFEE12DD6_musicatapinhadecisaobarroso.pdf. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Provisória nº 916*. Relatora: Ministra Rosa Weber, 28 abr. 2023. Decisão monocrática. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357835834&ext=.pdf>. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (6ª Turma Especializada). *Ação Civil Pública nº 5052820-72.2019.4.02.5101*. Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, 15 set. 2020. Acórdão. Disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=jurisprudencia@jurisprudencia/download_inteiro_teor&id_jurisprudencia=21765486285405758464722430602&termosPesquisados=NTA1MjgyMC03Mi4yMDE5LjQuMDluNTEwMXw1MDUyODIwNzlyMDE5NDAYNTEwMXw1MDUyODIwLTcyLjIwMTkuNC4wMi41MTAx. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2ª Seção). *Embargos Infringentes nº 0001233-21.2003.4.04.7100*. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, 31 mar. 2016. Acórdão. Disponível em: https://eproc-jur.trf4.jus.br/eproc2trf4/externo_controlador.php?acao=jurisprudencia@jurisprudencia/download_inteiro_teor&id_jurisprudencia=41731721710328802405262507817&termosPesquisados=MDAwMTIzMjYyMS4yMDAzLjQuMDQuNzEwMHwwMDAxMjMzLTIxLjIwMDMuNDYwMDAwMTIzMjIxMjAwMzQwNDcxMDYwMDAwMTIzMjYyMS4yMDAzLjQuMDQuNzEwMA==. Acesso em: 27 set. 2026.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (1ª Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 1.0024.12.266703-3/001*. Relator: Desembargador Wanderley Paiva, 12 set. 2017. Acórdão. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;sessionId=90E463F92DB74F09D924A67BCC6DF80D.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.266703-3-2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 9 jan. 2025.

LITERATURA

- AGUIAR, Ana Cláudia da Costa. *Liberdade de expressão artística: concepções filosóficas, fundamentalidade constitucional e política da pluralidade*. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/server/api/core/bitstreams/84b32853-0865-43f7-880b-497730443320/content>. Acesso em: 27 set. 2026.
- ARTIGO 19. *Dados sobre feminicídio no Brasil*. São Paulo: Artigo 19, 2018. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Feminic%C3%ADdio-no-Brasil-.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2023.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (ed.). *Constitutional and political theory: selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017. v. 1, p. 266-289.
- BRILHANTE, Aline Veras Moraes; GIAXA, Renata Rocha Barreto; BRANCO, July Grassiely de Oliveira; VIEIRA, Luiza Jane Eyre de Souza. Cultura do estupro e violência ostentação: uma análise a partir da artefactualidade do funk. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 23, e170621, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/Interface.170621>.
- BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; MARTINS, Juliana; SOBRAL, Isabela. A explosão da violência sexual no Brasil. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. p. 154-161. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/anuario-2023-texto-08-a-explosao-da-violencia-sexual-no-brasil.pdf>. Acesso em: 28 set. 2026.
- BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; LAGRECA, Amanda; SOBRAL, Isabela; BARROS, Betina; BRANDÃO, Juliana. O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. p. 136-145. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/anuario-2023-texto-07-o-crescimento-de-todas-as-formas-de-violencia-contr-a-mulher-em-2022.pdf>. Acesso em 28 set. 2026.
- BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997.
- BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Tradução de Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- CYMROT, Danilo. *A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica*. 2011. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-26082016-134709/>. Acesso em: 28 set. 2026.
- DIMOULIS, Dimitri. *Direito de igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais*. São Paulo: Almedina, 2021.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.
- DWORKIN, Ronald. Pornography and hate. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 214-226.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FERREIRA, Felipe Grizotto. *Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações*. 2021. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021. Disponível em: <https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/server/api/core/bitstreams/9b9cb261-17c8-4705-be7e-98d098552b5b/content>. Acesso em: 28 set. 2026.
- FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- HUSTER, Stefan. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 49, n. 11, p. 541-549, 1994. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20821448>. Acesso em: 10 jan. 2025.
- IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-38.
- JUSBRASIL. *Painel LGPD nos tribunais*. [S. l.], [2024]. Disponível em: <https://painel.jusbrasil.com.br/#analise>. Acesso em: 29 dez. 2024.

KOLTAY, András. Freedom of arts as an independent fundamental right in the Hungarian legal system. *Hungarian Journal of Legal Studies*, Budapest v. 59, n. 1, p. 57-73, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1556/2052.2018.59.1.4>.

KRÓL, Karolina. Granice wolności artystycznej – zarys problematyki. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 4, n. 1, p. 171-188, 2018. DOI: <https://doi.org/10.4467/2450050XSNR.18.011.9772>.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1961.

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. *Direito constitucional à expressão artística*. In: MAMEDE, Gladston (org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-86.

MARTINS, Leonardo. *Direitos fundamentais: conceito permanente – novas funções*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

NATARELLI, Talita. A cultura do povo e para o povo: direito fundamental erradicado. *Cadernos de Campo*, Araraquara, n. 16, p. 49-63, 2012. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7316>. Acesso em: 12 fev. 2026.

PONTES, Márcio Miranda. Qual é a origem das músicas de funk no Brasil? *SABRA – Sociedade Artística Brasileira*, Betim, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.sabra.org.br/site/funk-brasileiro/>. Acesso em: 30 dez. 2023.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

POSCHER, Ralf. Proportionality and the bindingness of fundamental rights. In: BILLIS, Emmanouil; KNUST, Nandor; RUI, Jon Petter (ed.). *Proportionality in crime control*

- and criminal justice. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 49-68. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509938636>.
- POSCHER, Ralf. Tendências no direito público de segurança civil. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, Campinas, v. 2, p. 1-24, 2021. DOI: <https://doi.org/10.24220/2675-9160v2e2021a5792>.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROUX, Theunis. Judging the quality of legal research: a qualified response to the demand for greater methodological rigour. *Legal Education Review*, Gold Coast, v. 24, n. 1, p. 177-204, 2014. DOI: <https://doi.org/10.53300/001c.6322>.
- SANTOS, Sarah Thiemy Kawato dos. *Uma análise de casos sobre a liberdade de expressão artística no Supremo Tribunal Federal e na Corte Europeia de Direitos Humanos*. 2024. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2024. Disponível em: <https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/server/api/core/bitstreams/62bf55da-ae27-4277-8c37-c37ec6ba7062/content>. Acesso em 28 set. 2026.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (ed.). *The Oxford handbook of freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- TAVARES, Ligia Maria Ladeira; LOIS, Cecília Caballero. Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catherine MacKinnon. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 151-170, jul./dez. 2016. DOI: https://doi.org/10.26668/2525-9849/Index_Law_Journals/2016.v2i2.1367.
- TESSAR, Hans. Kriterien zur Ermittlung einer Freiheitsrechtsverletzung – exemplarisch dargestellt am Grundrecht der Freiheit der Kunst. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Wien, v. 63, n. 3, p. 385-437, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00708-008-0002-6>.
- TITO, Bianca; FERREIRA, Rafael Alem Mello. A pornografia é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão? Uma análise a partir do diálogo entre Ronald Dworkin e Catharine MacKinnon. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 3, p. 135-159, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.18316/redes.v8i3.6342>.
- WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. DOI: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674065086>.

Recebido em.
Aprovado em.

Resumo: O artigo analisa os limites jurídicos dos atos de produção e circulação musicais no contexto da desigualdade de gênero, com foco empírico no funk e no sistema constitucional de direitos fundamentais. A pesquisa aborda a tensão entre liberdade de expressão artística e a promoção da igualdade de gênero, mediante análise qualitativa da jurisprudência. Foram examinados quatro casos, alguns emblemáticos como “Tapinha” e “Surubinha de Leve”, que evidenciam diferentes respostas judiciais à colisão entre esses direitos fundamentais. Além da introdução e da conclusão, o artigo é estruturado em cinco seções: (i) metodologia; (ii) descrição dos casos selecionados; (iii) análise teórica com base em perspectivas feministas, mormente de Catharine MacKinnon e de Judith Butler; (iv) avaliação dogmática da colisão entre a liberdade artística e o direito de igualdade; (v) proposta de reconstrução dogmática. O estudo conclui que a liberdade de expressão artística ocupa um ponto crítico na dogmática jurídica, e destaca a necessidade de desenvolvimento técnico na literatura jurídica e na jurisprudência, para equilibrar igualdade e liberdades no sistema constitucional brasileiro. A proposta de reconstrução dogmática apresenta elementos iniciais para esse desenvolvimento.

Palavras-chave: colisão de direitos fundamentais, funk, liberdade de expressão artística, igualdade de gênero, proporcionalidade.

Abstract: This article analyzes the legal limits on the production and circulation of music within the context of gender inequality, focusing empirically on funk music and the constitutional framework of fundamental rights. The study addresses the tension between artistic freedom of expression and the promotion of gender equality, employing a qualitative jurisprudence analysis methodology. Four cases were examined, including emblematic ones such as “Tapinha” and “Surubinha de Leve,” which reveal divergent judicial approaches between these fundamental rights. In addition to the introduction and concluding remarks, the article is structured into five sections: (i) methodology; (ii) description of the selected cases; (iii) theoretical analysis grounded in feminist perspectives, notably those of Catharine MacKinnon and Judith Butler; (iv) dogmatic assessment of the collision between artistic freedom and the right to equality; followed by (v) a proposal for dogmatic reconstruction. The study concludes that artistic freedom of expression occupies a critical position in legal dogmatics, highlighting the need for technical development in legal scholarship and case law to balance equality and fundamental liberties within the Brazilian constitutional system. The proposal for doctrinal reconstruction presents initial elements for such development.

Keywords: collision of fundamental rights, funk, artistic freedom of expression, gender equality, proportionality.

Sugestão de citação: