



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

YTHALO BREENO MONTE DANTAS

**A CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA POR MEIO DO CRIME DE
APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

FORTALEZA

2021

YTHALO BREENO MONTE DANTAS

A CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA POR MEIO DO CRIME DE
APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Carneiro
Nepomuceno.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- D1c DANTAS, Ythalo Breeno Monte.
A criminalização da cultura periférica por meio do crime de apologia de crime ou criminoso : Uma análise sob o prisma da Criminologia Crítica e do Direito Penal Mínimo / Ythalo Breeno Monte DANTAS. – 2021.
69 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Manifestações culturais periféricas. 2. Crime de apologia de crime ou criminoso. 3. Criminologia Crítica. 4. Direito Penal Mínimo. I. Título.

CDD 340

YTHALO BREENO MONTE DANTAS

A CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA POR MEIO DO CRIME DE
APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Criminologia

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Junior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha avó, Maria de Fátima Vieira Dantas.
Aos meus pais e à minha irmã.

AGRADECIMENTOS

À minha avó, Maria de Fátima Vieira Dantas, por tudo que representa na minha vida, a quem sempre tive minha zona de afeto, a maior entusiasta das minhas decisões e o acolhimento genuíno. É impossível não lembrar e não desejar tê-la aqui nesse momento tão especial. Obrigado por ter me ensinado a amar.

Aos meus pais, Zaíres e Milena, pelo apoio e suporte durante todo o período, sem vocês nada disso seria possível. À minha irmã, Ana Karolina, por todos os momentos de felicidade compartilhados, principalmente os que ela prefere, que envolvem o Kobe e o Maylon. E a toda minha família, que é a minha motivação e a base de tudo.

Ao prof. Dr. Raul Nepomuceno, por quem tenho especial admiração, pela orientação durante todo o estudo, e por sempre se mostrar solícito e com considerações essenciais para a construção do trabalho. Além de ter despertado em mim, no início da graduação, o interesse pela área e os questionamentos acerca das ciências criminais. Obrigado por me oportunizar um imenso aprendizado que ultrapassa os técnicos.

Ao professor Regnoberto Melo, a quem tive o privilégio de ter como orientador na cadeira de Estágio e como professor em Direito Romano. Em um período delicado devido a pandemia, o qual eu tive perdas familiares e inúmeras dificuldades relacionadas à faculdade, demonstrou ser além de um excelente professor, possuir sensibilidade na maneira de lidar com os alunos. Sem dúvidas, a preocupação e empatia manifestadas na maneira de conduzir a disciplina, evidencia o ser humano ímpar que é.

Ao professor Lino Edmar de Menezes, por ter aceitado o convite de compor a banca, por todos os ensinamentos durante a graduação, e pelas valiosas colaborações que me inspiraram e me fizeram tê-lo como exemplo não só de profissional, mas também de pessoa. Me sinto lisonjeado em tê-lo em minha banca examinadora.

Por fim, aos meus amigos, com a certeza de que ninguém chega a lugar nenhum sozinho. Especialmente a Maria Luiza, João Heron e Wellington Mendes, que estiveram do meu lado na minha pior fase. Sem vocês nada disso teria o mesmo valor.

“Simbora que o tempo é rei / Vive agora não há depois / Ser tempo da paz como um
/ cais que vigora nos maus lençóis [...] Tudo, tudo, tudo, tudo que nós tem é nós“
(EMICIDA, 2019)

RESUMO

O objetivo principal da pesquisa consiste em analisar o fenômeno da criminalização das manifestações culturais da periferia por meio de uma abordagem histórica, sociológica e jurídica, retratando como o Estado, por meio de suas instituições, colaborou ou não para legitimar o processo de marginalização e estigmatização dos gêneros musicais periféricos. Para tanto, observou-se a política penal utilizada contra essas manifestações sob o pressuposto de que existe uma seletividade repressiva estatal, buscando-se compreender o processo de criminalização ao aplicar os aportes teóricos da Criminologia Crítica, da corrente do Direito Penal Mínimo e da conceituação do delito de apologia de crime, que é frequentemente utilizado para enquadrar produções musicais de determinados gêneros sob o pretexto de se resguardar a paz pública. A metodologia consiste em uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, com o intuito de entender o contexto histórico do surgimento do tipo penal e a historicidade legislativa concernente à problemática, bem como compreender o funcionalismo penal e o papel que os órgãos estatais desenvolveram no processo de criminalização dessas manifestações. A atualidade e a controvérsia a respeito da temática demonstram a relevância que possui, devido a necessidade de buscar unificar o entendimento sobre o *rap* e o *funk*, os reconhecendo como agentes da cultura popular. Assim, conclui-se que a Criminologia Crítica, ao trazer o aparato estatal para a compreensão do problema criminológico, demonstrando a seletividade penal na tutela dos bens jurídicos considerados relevantes como ferramenta de proteção das classes dominantes, colaborou para entender a severidade na repressão estatal sofrida pelas classes dominadas. Por fim, desmistifica o caráter do Direito Penal como *ultima ratio*, uma vez que a aplicação do delito de apologia de crime no que diz respeito às produções musicais revela uma seletividade, ferindo o seu caráter fragmentário e subsidiário de proteção dos bens jurídicos relevantes socialmente.

Palavras-chave: Manifestações culturais periféricas. Criminologia Crítica. Apologia de crime ou criminoso. Direito Penal Mínimo.

ABSTRACT

The main objective of the research is to analyze the phenomenon of criminalization of cultural manifestations in the periphery through a historical, sociological, and legal approach, addressing how the State, through its institutions, collaborated or not to legitimize the process of marginalization and stigmatization of peripheral musical genres. Therefore, the penal policy used against these manifestations was observed under the assumption that there is a repressive state selectivity, seeking to understand the process of criminalization by applying the theoretical contributions of Critical Criminology, the current of Minimum Criminal Law, and the conceptualization of the crime of apology for crime, which is frequently used to frame musical productions of specific genres under the pretext of safeguarding public peace. The methodology consists of bibliographical, documental, and jurisprudential research in order to understand the historical context of the emergence of the crime and the legislative history concerning the issue, as well as to understand the criminal function and the role that state bodies have developed in the criminalization process of these manifestations. The current controversy regarding the theme demonstrates its relevance due to the need to seek to unify the understanding of rap and funk, recognizing them as agents of popular culture. Thus, it is concluded that Critical Criminology, by bringing the state apparatus to the understanding of the criminological problem, demonstrating the penal selectivity in the protection of legal assets considered relevant as a tool to protect the ruling classes, collaborated to understand the severity of the state repression suffered by the dominated classes. Finally, it demystifies the character of Criminal Law as an ultima ratio since the application of apology for crime concerning musical productions reveals a selectivity, hurting its fragmentary and subsidiary nature of protection of socially relevant legal assets.

Keywords: Peripheral cultural manifestations. Critical Criminology. Apology for crime or criminal. Minimum Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ART | Artigo |
| CF | Constituição Federal |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CP | Código Penal |
| DCOD | Delegacia de Combate às Drogas |
| DES | Desembargador |
| DIP | Departamento de Imprensa e Propaganda |
| DJE | Diário de Justiça Eletrônico |
| DRE | Delegacia de Repressão A Entorpecentes |
| DUDH | Declaração Universal de Direitos Humanos |
| EINF | Embargos Infringentes |
| EUA | Estados Unidos da América |
| HC | Habeas Corpus |
| MC | Mestre de Cerimônia |
| MIN | Ministro |
| MPF | Ministério Público Federal |
| MV | Mensageiro da Verdade |
| Nº | Número |
| REL | Relator |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TRF | Tribunal Regional Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 O CRIME DE APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO | 13 |
| 2.1 Contexto histórico do surgimento do delito na legislação brasileira | 13 |
| 2.1.1 <i>O Departamento de Imprensa e Propaganda do Estado Novo</i> | 15 |
| 2.2 Conceituação doutrinária do crime e objetividade jurídica | 17 |
| 2.2.1 <i>Diferenciação ao delito de Incitação ao crime</i> | 20 |
| 2.3 Criminalização da apologia ao crime e liberdade de expressão | 21 |
| 2.3.1 <i>ADPF 187</i> | 25 |
| 3 A CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA | 28 |
| 3.1 Teoria do Labelling Approach | 29 |
| 3.2 Teoria Crítica | 33 |
| 3.3 Aplicação da Criminologia Crítica ao processo de criminalização da cultura periférica | 35 |
| 3.3.1 <i>O retrato de uma realidade social</i> | 37 |
| 4 ANÁLISE PRÁTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL MÍNIMO | 43 |
| 4.1 Delimitação conceitual | 43 |
| 4.2 Princípios do Direito Penal Mínimo | 47 |
| 4.2.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i> | 48 |
| 4.2.2 <i>Princípio da intervenção mínima</i> | 49 |
| 4.2.3 <i>Princípio da lesividade</i> | 50 |
| 4.2.4 <i>Outros princípios importantes</i> | 51 |
| 4.3 Análise da atuação do Poder Judiciário | 53 |
| 4.3.1 <i>O caso das músicas “tapinha” e “tapa na cara”</i> | 56 |
| 4.3.2 <i>Problemática atual: o caso do MC Maneirinho e MC Cabelinho</i> | 59 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 62 |
| REFERÊNCIAS | 65 |

1 INTRODUÇÃO

As manifestações culturais periféricas sofrem, historicamente, uma marginalização e repressão estatal. Tal fato pode ser explicado através do nosso passado escravocrata, uma vez que a cultura da periferia se confunde com a cultura negra. Assim, a Criminologia Crítica ao refletir sobre o próprio conceito de crime, o entendendo como decisões políticas para proteger determinados interesses das classes dominantes, colabora para compreender o processo de criminalização da cultura das classes desfavorecidas e o estigma atribuído pela reação social.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar a criminalização da cultura periférica por meio do crime de apologia de crime ou criminoso, motivado pela repercussão midiática e pela atualidade da problemática, que embora histórica, parece não ter sua discussão exaurida devido a complexidade e a subjetividade que envolve o tema. Abordar, além disso, através do prisma da Criminologia Crítica, a seletividade do sistema penal na escolha dos bens jurídicos tutelados penalmente.

Tal premissa reflete diretamente no conceito de Direito Penal Mínimo, visto que desmistifica o seu caráter fragmentário ao entendê-lo como ferramenta de controle das classes dominantes, distribuindo o estigma de criminoso desigualmente e não atuando como defensor das garantias mais relevantes para a sociedade como um todo. Ademais, questiona-se a existência de normas penais em branco, como a “paz pública” que o delito de apologia de crime busca tutelar, principalmente por sua abstração que possibilita uma arbitrariedade repressiva estatal.

Nesse sentido, no primeiro capítulo será analisado, além da delimitação conceitual doutrinária, o contexto histórico do surgimento do delito de apologia de crime ou criminoso no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre os objetivos que o Estado, naquele determinado panorama, tinha ao inseri-lo no Código Penal. Ademais, traçar-se-á um paralelo do delito com o princípio da liberdade de expressão, percorrendo pela sua proteção jurídica, limitações e análises de casos concretos, como a ADPF 187, que versou sobre a polêmica da liberação da Marcha da Maconha, em que o STF discutiu acerca do embate entre a proteção à liberdade de expressão e a proteção à paz pública que o delito de apologia de crime ou criminoso visa resguardar.

No segundo capítulo serão abordados os aportes teóricos da Criminologia Crítica, na Teoria do Labelling Approach e na Teoria Crítica, e sua aplicação no processo de criminalização da cultura periférica, principalmente nos gêneros do *rap* e *funk*. Buscar-se-á compreender o papel exercido pelos órgãos estatais na legitimação desse tratamento penal,

tanto na criminalização primária como na criminalização secundária, perpassando pela historicidade legal da criminalização do *funk*, e o dilema existente entre a configuração do crime de apologia de crime e a liberdade artística ao retratar a realidade que os artistas desses gêneros estão submetidos.

Por fim, no último capítulo será traçado um paralelo entre as funções que o Direito Penal deve exercer na sociedade e uma análise de casos concretos, destacando-se o caso mais recente que envolve a denúncia-crime contra os MCs Maneirinho e Cabelinho por apologia de crime em uma de suas letras. Para tanto, é abordado os princípios que orientam o Direito Penal Mínimo, marcado por atribuir ao Direito Penal um caráter subsidiário e fragmentário.

A metodologia utilizada neste trabalho consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, através da análise de dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos, legislações, documentos, livros, decisões judiciais, notícias, objetivando entender todo o processo histórico, sociológico e jurídico da criminalização da cultura periférica. O referencial teórico foi pautado nos subsídios teóricos da Criminologia Crítica, bem como nas definições doutrinárias acerca do delito de apologia e dos princípios que caracterizam e orientam o Direito Penal Mínimo. Portanto, a pesquisa caracteriza-se pela presença de diversos materiais que versam sobre a problemática da criminalização das manifestações culturais periféricas, ampliando os conhecimentos e aprofundando o entendimento sobre a temática, a partir da obtenção de dados descritivos e contato com o objeto de estudo.

2 O CRIME DE APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

Antes de analisar a criminalização da cultura periférica e suas relações com o crime de apologia de crime e com a Criminologia Crítica, é importante entender além do conceito do delito de apologia de crime ou criminoso, previsto no artigo 287 do Código Penal¹, também o contexto histórico do seu surgimento na legislação brasileira, visto que possui implicações diretas com o cenário político vivido no período.

2.1 Contexto histórico do surgimento do delito na legislação brasileira

A apologia de crime ou criminoso surgiu no ordenamento jurídico brasileiro no Código Penal de 1940 como crime autônomo. A figura penal possui influência e também é encontrada nos projetos de Código Penal Zanardelli (1889) e do Código Rocco (1930), nos artigos 247 e 414, conforme aduz Bitencourt (2021). Este último é o que possui maior influência no Código Penal Brasileiro, o que é importante destacar visto que tem uma forte raiz inquisitória, que foi revestido de uma suposta busca pela segurança e à ordem, o qual, posteriormente, mostrou-se adequar aos ideais fascistas de Mussolini. Sendo assim, foi pautado sob uma perspectiva de Estado punitivo em relação ao indivíduo, fundamentado em uma garantia de segurança e proteção ao sujeito estatal, flexibilizando, dessa forma, uma série de direitos e garantias individuais (GIACOMOLLI, 2015).

Aqui, no Brasil, estava sendo vivenciado o Estado Novo de Vargas, em uma conjuntura de briga pela manutenção do poder. E, não diferentemente, também houve um fortalecimento da figura estatal no nosso Código Penal, o qual objetivava obter um controle social pautado na repressão estatal:

Em síntese: O regime do Estado Novo, instaurado pela Constituição de 1937 em pleno clima de contestação da liberal-democracia na Europa, trouxe para a vida política e administrativa brasileira as marcas da centralização e da supressão dos direitos políticos. Foram fechados o Congresso Nacional, as assembleias legislativas e as câmaras municipais. Os governadores que concordaram com o golpe do Estado Novo permaneceram, mas os que se opuseram foram substituídos por interventores diretamente nomeados por Vargas. Os militares tiveram grande importância no novo regime, definindo prioridades e formulando políticas de governo, em particular nos setores estratégicos, como siderurgia e petróleo. Em linhas gerais, o regime propunha a criação das condições consideradas necessárias para a modernização da

¹CP: Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

nação: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômico. Por todas essas características, muitos identificaram Estado Novo e fascismo. (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL, 2020a)

Nesse contexto, cabe analisar a figura do delito de apologia de crime ou criminoso sob esta ótica. Logo, em um primeiro momento, nota-se uma abstração na sua definição talvez proposital, o que abriria uma margem interpretativa para enquadrar àqueles considerados inimigos do Estado, tornando-o um delito materialmente político-social. E nesse ponto que é necessário analisar de forma crítica a criminalização da cultura periférica, como o rap e o funk, sob o enfoque do delito de apologia de crime ou criminoso, uma vez que poderia ser utilizado como instrumento de censura, visto o cenário que o envolve - fragilidade na limitação da atuação estatal - e o inegável desacordo do crime com o caráter subsidiário do Direito Penal e da corrente do direito penal mínimo.

E, embora seja considerado um delito de menor potencial ofensivo, a sua existência possuía alguma intencionalidade (VIANNA, 2011), principalmente em um Estado que, no momento da sua promulgação, objetivava ditar os caminhos a serem seguidos.

Dessa forma, o sistema repressivo do Estado Novo possuía funções político-ideológicas bem definidas, buscando estabelecer não só uma suposta segurança nacional, mas também uma manutenção das relações sociais de produção do sistema capitalista no Brasil. Ademais, além da seara penal do sistema de repressão, tal mecanismo de controle atingiu também as instituições corporativas de “proteção social” do trabalho, como a CLT, os sindicatos profissionais e a Justiça do Trabalho (CARVALHO; BISI, 2016). Logo, percebe-se que existia todo um sistema que ia além da problemática repressiva do delito de apologia ao crime ou criminoso, atingindo também os demais âmbitos, como o trabalhista, que objetivava a criação de um sistema de controle social para impor perante os trabalhadores as relações sociais de produção capitalista.

Baseado nessa pretensão de controle e criminalização do discurso que viesse afrontar o regime ali vigente, O Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Nacional Getúlio Vargas define o período da seguinte maneira:

A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos fascizantes de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Aos interventores, por seu turno, cabia nomear as autoridades municipais.

(CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL, 2020b)

Sendo assim, com o intuito de difundir a ideologia do Estado Novo junto às camadas populares, e, dessa forma, obter um controle social ainda maior e mais incisivo, o governo do período decidiu criar o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP).

2.1.1 O Departamento de Imprensa e Propaganda do Estado Novo

O DIP foi criado por decreto presidencial em dezembro de 1939. O órgão ficou marcado como uma das principais figuras coercitivas da liberdade de pensamento e expressão durante o Estado Novo, e era caracterizado principalmente por ser um instrumento de promoção individual do chefe de governo.

Além dessa função de propaganda do governo, o DIP também funcionava como instrumento de censura das artes, como o teatro e o cinema, da radiodifusão e da imprensa. Um dos principais episódios de censura à imprensa ocorreu em março de 1940, com a invasão pela polícia no jornal de *O Estado de S. Paulo*; o jornal permaneceu sob intervenção do DIP até o final do Estado Novo:

A imprensa desempenhou as tarefas que lhe foram atribuídas sem nenhuma independência. Em São Paulo, os jornais liberais, que tiveram importante atuação política sobretudo a partir dos anos 20, foram praticamente silenciados e tiveram que aceitar em suas redações elementos nomeados pelo governo para vigiá-los. Os proprietários de *O Estado de S. Paulo* tentaram reagir, e o resultado foi a expropriação do jornal, em 1940, por representantes do Estado Novo, que o converteram em órgão oficioso. *O Estado de S. Paulo*, *A Noite*, de São Paulo, e *O Dia*, do Rio de Janeiro, tornaram-se os principais órgãos de propaganda do regime. (CAPELATO, 1999, p. 175)

Importa frisar que o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Nacional Getúlio Vargas resume o órgão da seguinte maneira:

O DIP possuía os setores de divulgação, radiodifusão, teatro, cinema, turismo e imprensa. Cabia-lhe coordenar, orientar e centralizar a propaganda interna e externa, fazer censura ao teatro, cinema e funções esportivas e recreativas, organizar manifestações cívicas, festas patrióticas, exposições, concertos, conferências, e dirigir o programa de radiodifusão oficial do governo. Vários estados possuíam órgãos filiados ao DIP, os chamados "Deips". Essa estrutura altamente centralizada permitia ao governo exercer o controle da informação, assegurando-lhe o domínio da vida cultural do país. Devido à importância de suas funções, o DIP acabou se transformando numa espécie de "superministério". Cabia-lhe exercer a censura às diversões públicas, antes de responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal.

Também os serviços de publicidade e propaganda dos ministérios, departamentos e órgãos da administração pública passaram à responsabilidade do DIP. (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL, 2020c)

No mesmo sentido, Maria Helena Capelato (1999) expôs a interferência direta que a imprensa sofria pelo regime, numa íntima relação entre censura e propaganda, impedindo a divulgação de determinados assuntos e impondo a difusão de outros favoráveis ao Estado. Desse modo, fundamentado na ideia de que o jornal era político por natureza, o DIP, como fruto dessa intervenção estatal nos âmbitos da comunicação e cultura, aumentou sua força de manipulação e controle da imprensa:

O controle da imprensa deu-se não apenas através da censura, mas também de pressões de ordem política e financeira. Assim como na Itália fascista, havia uma série de assuntos e notícias proibidos pelo DIP — por exemplo, notícias que mostrassem ou sugerissem descontentamento ou oposição ao regime; temas ou notícias relativos a problemas econômicos (transporte, abastecimento, escassez e alta de preços dos produtos); divulgação de acidentes, desastres, catástrofes, naufrágios, queda de avião; incidentes como brigas, agressões, crimes, corrupção, suborno, processos, inquéritos, sindicâncias etc. (CAPELATO, 1999, p. 175)

Assim, fica claro que o tipo penal aqui analisado, criado inicialmente em um Estado antidemocrático que buscava a centralização do poder no chefe do executivo, é totalmente incompatível com o caráter democrático do Estado atual e consequentemente dos princípios do direito penal constitucional (BITENCOURT, 2021). Ademais, a tentativa de aplicá-lo frente aos ritmos periféricos, são resquícios do elitismo cultural, e heranças de preconceitos advindos de uma sociedade que ainda associa a periferia à criminalidade. O que também não é uma problemática recente, uma vez que, historicamente, a criminalização das manifestações culturais afro-brasileiras (que se misturam com as periféricas), como a capoeira e o samba, sempre receberam um olhar por um viés criminalizante (CYMROT, 2011).

Nesse sentido, Bitencourt (2021) afirma:

No exame desta infração penal - apologia de crime ou criminosos - mais que em qualquer outra, deve-se proceder com extremo cuidado na interpretação precisa de todos os elementos constitutivos do tipo, sejam eles materiais, normativos, ou subjetivos, na tentativa, quase irrealizável, de delimitar sentido, conteúdo e verdadeiro significado da linguagem “censuradora”, constante de um superado texto legal repressivo infraconstitucional, buscando dar-lhe, se possível, uma interpretação conforme a Constituição. A necessidade de toda essa cautela decorre da grande dificuldade que temos em admitir que referida incriminação tenha sido recepcionada pela atual Constituição Federal, que, além de assegurar a liberdade de pensamento e todas as suas formas de expressão, não admite a criminalização de fatos que não sejam materialmente lesivos de identificável e determinado bem jurídico socialmente relevante. (BITENCOURT, 2021, p. n.p)

2.2 Conceituação doutrinária do crime e objetividade jurídica

O crime de apologia de crime ou criminoso, conceitualmente, trata-se de crime comum, logo qualquer pessoa pode praticá-lo, e a coletividade encontra-se no polo passivo. Além disso, é crime de perigo abstrato, não havendo a necessidade de demonstração de qualquer resultado, exigindo-se somente que a apologia seja feita publicamente, ou seja, para um número indeterminado de pessoas (CAPEZ, 2021). Sendo possível a forma tentada, desde que a apologia não seja oral, somente quando houver o fracionamento do *iter criminis*, ou o caminho do crime, que corresponde às etapas percorridas pelo agente para a prática de um fato previsto em lei como infração penal.

Como o próprio dispositivo legal traz, o delito consiste em fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime. No entanto, como será analisado no subtópico a seguir, não se confunde com o crime de incitação ao crime, previsto no artigo 286 do CP², uma vez que possui peculiaridades na sua execução, como a implicitude (BITENCOURT, 2021). Ou seja, o agente age de forma indireta estimulando a prática de crimes exaltando fatos criminosos já ocorridos, ou elogiando criminosos de determinados crimes (em virtude do delito que praticou).

Quanto aos aspectos sociais e a criminalização secundária do delito no que diz respeito aos estilos musicais periféricos, é difícil conseguir identificar e separar a expressão cultural da apologia, o que seria do âmbito da cultura e o que seria do âmbito da segurança pública. E em um movimento moralista muito forte, a atuação não repressiva do Estado frente ao rap, por exemplo, o enquadrando no crime de apologia, poderia ser enxergada como um incentivo à criminalidade, tornando-o uma problemática ideológica e policial (SANTOS, 2016). Complementando a ideia:

Existindo uma lei incriminadora, torna-se necessário perquirir sobre os aspectos sociais que levam à criminalização secundária, ou, em outras palavras, o que, de fato, leva determinada conduta a ser ou não considerada, no caso concreto, apologia ou incitação ao crime, remetendo, portanto, seu agente ao crivo da repressão do sistema penal. (SANTOS, 2016, p. 627-640)

Logo, é necessário que os operadores do direito busquem compreender a localização social dos indivíduos e fornecer um tratamento igualitário comparado a outras expressões

²CP: Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

culturais, uma compreensão complexa e interdisciplinar que o assunto exige, posto ser uma retratação da realidade em que os artistas representantes das manifestações culturais periféricas estão inseridos, onde expressam os problemas enfrentados, como a criminalidade, que é o objeto em discussão no delito, e que faz parte do processo de construção de identidade dos representados (CYMROT, 2011). O que não é demonstrado ao ser analisado a aplicação do dispositivo no tocante às produções musicais, evidenciando uma clara seletividade, uma vez que a maioria dos processos encontrados deste tipo, como será analisado posteriormente, recaem principalmente sobre o rap e o funk (SANTOS, 2016).

Ademais, não é qualquer atuação em favor do criminoso ou do fato praticado por ele, que deixará configurado o delito, posto que questionar e problematizar o ordenamento jurídico é uma possibilidade intrínseca ao Estado Democrático de Direito, sendo necessário para o aperfeiçoamento e evolução da democracia (CAPEZ, 2021).

O crime de apologia de crime ou criminoso está inserido no título dos Crimes contra a Paz Pública do CP, que é o bem jurídico protegido para a maioria dos doutrinadores, caracterizado pelo sentimento de segurança que deve existir na sociedade (GONÇALVES, 2019). Entendimento também corroborado na seguinte exposição:

O cerne da incriminação reside na proteção da paz pública, entendida como o sentimento de segurança e tranquilidade das pessoas. Cuida-se, ademais, de infração pluriofensiva, que, além de assegurar a paz pública em si mesma, promove a tutela antecipada de outros valores que poderiam ser colocados em perigo pela conduta pública de incitar outras pessoas a cometerem crimes. Pode ocorrer de a mensagem ser dirigida a um destinatário apenas, o que não impedirá o reconhecimento do delito, desde que a apologia possa ser captada por um número indefinido de pessoas, sob pena de inexistir a lesão ao bem protegido, que é a paz pública. (ESTEFAM, 2021, p. n.p)

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que o nosso ordenamento prioriza o aspecto subjetivo. Dessa forma, o bem jurídico tutelado não seria a paz pública, mas sim o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, não atentando contra bem jurídico algum (BITENCOURT, 2021). Ou seja, não existe qualquer impacto no convívio em sociedade ou na percepção de segurança jurídica dos cidadãos. E, embora a conduta possa ser enquadrada no tipo penal (caráter formal), não ofenderia de forma efetiva a paz pública no que diz respeito à materialidade. Nesse sentido, o respectivo autor aponta:

Na verdade, acreditamos que a “conduta” descrita não cria nenhum alarma social, não reproduz nenhuma repercussão perturbadora, não passando, de regra, de simples manifestação pacífica de um pensamento, por vezes, um desabafo, um exercício de liderança, e, na maioria dos casos, a coletividade apenas ouve como uma das tantas

pregações, forma ou não a sua opinião, a favor ou contra, sem qualquer repercussão positiva ou negativa no meio social. Enfim, mesmo que a suposta conduta possa adequar-se formalmente à descrição do tipo penal, materialmente não gera efetiva ofensa ao pretense bem jurídico protegido, que, aliás, é meramente produzida. (BITENCOURT, 2021, p. n.p)

Dessa forma, o segundo entendimento parece estar em maior conformidade com os princípios que regem o Direito Penal Brasileiro, como o princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social etc. Além disso, a repressão em excesso do sistema penal ocasiona a problemática da seletividade na criminalização secundária e o desalinha com o instituto do Direito Penal Mínimo. Nesse sentido, argumenta-se que os crimes necessitam ter perigo concreto de dano, sob o risco dos crimes de perigo abstrato não existirem:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. (BITENCOURT, 2013, p. 61-62)

Logo, fica claro que essa inflação legislativa penal é maléfica ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que seja intrínseco à democracia e ao Estado democrático de direito a utilização do direito penal como *ultima ratio*, por meio de sua aplicação mínima (PIMENTEL, 2020), tendo em vista que se objetiva não somente proteger a dignidade e a liberdade dos cidadãos, mas também evitar e controlar os abusos do poder estatal.

Adiante, é importante estabelecer as diferenças do crime de apologia de crime ou criminoso para o crime de incitação, separando melhor os conceitos e suas aplicações. Embora pareçam semelhantes, possuem diferenças pontuais.

2.2.1 Diferenciação ao delito de Incitação ao crime

O crime de incitação enfrenta questionamentos parecidos comparado ao crime de apologia, como o entendimento do que seria paz pública, e o bem jurídico tutelado, uma vez que ambos pertencem ao título dos crimes contra a paz pública. Além disso, outra semelhança é a publicidade do ato. Nesse sentido, é mantido o caráter abstrato do tipo penal, possibilitando uma subjetividade da sua aplicação e, por consequência, trazendo uma insegurança jurídica (BITENCOURT, 2021). A doutrina define o caráter subjetivo do delito supracitado como o bem tutelado, qual seja a paz pública em sentido subjetivo, caracterizada pelo sentimento coletivo de tranquilidade garantido pela ordem jurídica. Bitencourt define da seguinte forma:

Na realidade, ao contrário do que se tem afirmado, o bem jurídico protegido não é a “paz pública”, algo que até seria defensável nos ordenamentos jurídicos italiano e argentino, à luz de seus códigos penais da primeira metade do século XX, visto que, todos eles, enfatizavam o aspecto objetivo da ordem ou paz públicas; contudo, considerando que, como já referimos, nosso ordenamento prioriza o aspecto subjetivo, o bem jurídico protegido, de forma específica, é o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, que se vê abalado pela conduta tipificada no art. 286 ora sub examen, e não uma indemonstrável “paz pública”, pois, na maioria dos casos, a coletividade somente toma conhecimento de ditos crimes após serem debelados pelo aparato repressivo estatal, com a escandalosa divulgação que se tem feito pela mass media, sem ignorar, por fim, que a possível ofensa é pura presunção legal. (BITENCOURT, 2021, p. n.p)

Diferentemente da apologia, a incitação é marcada pelo estímulo ou provocação, pública, da prática de algum crime. Ou seja, a incitação recai sobre um fato determinado, não constituindo quando houver uma incitação feita genericamente, visto que não possui a eficácia necessária para motivar alguém a delinquir (CAPEZ, 2021). Portanto, há a necessidade de ser direcionada à crime determinado, mas não necessariamente individualizada. Enquanto a apologia, como dito anteriormente, é caracterizada pela exaltação ou homenagem a fatos criminosos já ocorridos ou criminosos em virtude do delito que cometeu. Nesse sentido, é exposto:

Dá-se a consumação com o conhecimento por terceiros da incitação ao crime. Não é necessário que os destinatários da conduta efetivamente cometam delitos, pois a *fattispecie* do artigo 286 é de mera conduta ou simples atividade. É suficiente, portanto, que a atitude tenha sido idônea a estimular o terceiro, não sendo necessário que se tenha criado efetivamente a resolução criminosa. (ESTEFAM, 2021, p. n.p)

Dessa forma, na incitação temos o ato de instigar o cometimento de um determinado crime imediato ou futuro, de forma direta e clara. Não é exigido que o crime seja cometido necessariamente, bastando o estímulo, público, à prática do delito (CAPEZ, 2021).

Portanto, tendo como base o que foi exposto acima, é notável que o crime de apologia ao crime ou criminoso limita a liberdade individual de manifestação, contrapondo-se ao princípio constitucional da liberdade de expressão, previsto no caput do artigo 5º³, e nos incisos IV⁴ e IX⁵ da Constituição Federal (BITENCOURT, 2021). Assim, é necessário analisar os desdobramentos e consequências desse aparente embate no tópico a seguir.

2.3 Criminalização da apologia ao crime e liberdade de expressão

Existe uma linha tênue entre a apologia de crime ou criminoso e a liberdade de expressão, devidamente marcada em um ordenamento jurídico onde se busca adequar de um lado a proteção a um sentimento abstrato de paz pública, e do outro assegurar o direito à liberdade de manifestação de pensamento dos indivíduos, inerente ao Estado democrático (CAVALCANTE, 2017). O que se busca analisar é se a força dessa proteção do sentimento de segurança social, protegido pelo artigo 287 do CP, seria suficiente para limitar o direito fundamental à liberdade de expressão.

Nesse sentido, a teoria da ponderação dos princípios de Robert Alexy (2008), a qual estabeleceu a limitação dos direitos fundamentais, por meio de seu desenvolvimento, veio solucionar os cenários de conflitos entre direitos constitucionalmente tutelados. Dessa forma, se analisa no caso concreto até que ponto se limitaria a liberdade de expressão, no caso da colisão levar a solução para caminhos distintos no sopesamento dos princípios conflitantes. Nesse esteio, define o seguinte:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de

³CF: Art. 5 -Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2008, p. 93).

A liberdade de expressão, conceitualmente, é a garantia constitucional que os indivíduos possuem de expressar os seus pensamentos, estando intimamente atrelada a outros princípios basilares da democracia, como o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme bem ensina Bastos (1997) que estabelece:

Para que possa exercitar a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão. (BASTOS, 1997. p.187)

Na justificação para a proteção da liberdade de expressão, existe uma de ordem substantiva e outra de ordem instrumental. Na primeira, a liberdade de expressão seria um valor em si mesma, sendo considerada inerente à natureza do homem a busca por se expressar, estando, dessa forma, intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Enquanto a segunda, entende a liberdade de expressão como instrumento de consagração de outros valores constitucionais, como a democracia (KOATZ, 2011).

Portanto, ambas as definições se complementam e podem coexistir em um mesmo argumento, uma vez que em um Estado democrático, a defesa da livre manifestação é importante não só para tê-la como meio de questionamentos, inclusive os contrários ao ordenamento vigente, mas também como essência da democracia em si (CAVALCANTE, 2017). Nesse ponto, é assegurado:

A liberdade de pensamento, como sendo a mais pura prática da liberdade de expressão, trata-se da exteriorização do que o indivíduo pensa de forma abrangente, tendo em vista que, enquanto seres pensantes, não há como viver concentrado somente em seu próprio espírito, havendo a necessidade de trocar ideias, expor opiniões e cultivar mútuas relações. (CAVALCANTE, 2017, p. 103)

A liberdade de expressão é tão importante para as democracias atuais que vem sendo resguardada em documentos importantes, como no artigo 19⁶ da Declaração Universal de Direitos Humanos. Ademais, cita-se o artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos

⁶DUDH: Art 19 - Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – igualmente ratificada pelo Brasil –, de acordo com o qual:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha [...]

É possível encontrar diversos dispositivos relacionados à liberdade de expressão ao longo da Constituição Federal, como o artigo 206, inciso II⁷, que trata da liberdade de ensino e o artigo 220⁸, que objetiva proteger a liberdade no que concerne à comunicação social. Portanto, tendo como base o exposto acima, é notório o destaque e a força de proteção que a liberdade de expressão possui no ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito europeu, a liberdade de expressão e manifestação também possui uma forte proteção, passando a vincular nos países da União Europeia devido à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual estabeleceu um catálogo europeu de direitos fundamentais (SARLET; NETO, 2017, p. 639). Atualmente, a incidência e alcance da liberdade de expressão vai além daquilo positivado nos enunciados constitucionais ou nesses documentos supranacionais de proteção aos direitos humanos, estando em constante reconstrução seja doutrinária ou jurisprudencial, frente à complexidade do processo de regulação estatal que as sociedades modernas possuem.

Embora importante, a liberdade de expressão não é absoluta, o que é uma decorrência do caráter da limitabilidade dos direitos fundamentais. Nesse panorama, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5o, § 2o, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (BRASIL, STF, 2003).

⁷CF: Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

⁸CF: Art 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Sendo assim, a liberdade de expressão assume uma certa posição preferencial em contextos de resolução de conflitos com outros direitos fundamentais, mas não significa que ela sempre irá se sobressair (SARLET; NETO, 2017). Não existindo, dessa forma, uma imunidade à limitação ou hierarquização prévia entre as normas constitucionais:

Assim, quando se fala de uma posição preferencial o é para a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz respeito à hierarquização das posições conflitantes no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera – da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos –, não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações, o que se percebe é praticado mesmo pelo STF em algumas situações (SARLET; NETO, 2017, p. 644-645).

Um exemplo da sua limitação ocorre na prática do denominado discurso de ódio, o qual o restringe fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, quando utilizado para disseminar mensagens de ódio com teor discriminatório. Como aconteceu no “caso Ellwanger”, no qual o STF avaliou a possibilidade de condenar editor de obras de teor antissemita pela prática do crime de racismo⁹.

No âmbito penal, tem-se entendido natural e legítimo o exercício da liberdade de expressão na crítica objetiva em relação aos assuntos de interesse público. Ou seja, sendo considerada atípica a crítica social que não subjetiva qualquer imputação, uma vez que não há crime contra a honra em um cenário de crítica objetiva (SARLET; NETO, 2017). Corroborando com o exposto:

Em suma, é perfeitamente legítimo que um cidadão se manifeste fortemente contra um ato administrativo ou corporativo (com relevância pública) e questione sua conveniência, seu mérito e mesmo sua legalidade. Cuida-se de algo que, nas sociedades democráticas, deve ser debatido pela comunidade e veiculado pelos jornais, na concretização de um livre mercado de ideias, não ingressando na esfera penal, sequer em seu limiar mínimo de tipicidade (SARLET; NETO, 2017, p. 656).

Sendo assim, não é o melhor caminho ter no direito penal, como traz o crime de apologia ao crime ou criminoso, um limitador de um princípio fundamental da Constituição Federal, visto o seu caráter subsidiário e a necessidade de limitá-lo como *ultima ratio* (SANTOS, 2016).

⁹Cf. HC n. 82.424/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003, habeas corpus impetrado por réu em ação penal na qual estava sendo acusado do crime de racismo em virtude de ter publicado livros contendo manifestações de incitação de ódio contra os judeus, além de buscar desacreditar a ocorrência do genocídio praticado contra povo judeu (Holocausto) durante a Segunda Guerra Mundial.

Com isso, se torna mais problemático o delito de apologia ao crime ou criminoso e seu enquadramento nas manifestações culturais periféricas, visto a complexidade que abrange tanto os fatores jurídicos, apontados acima, como também os fatores político-sociais que cercam a aplicação do delito (SANTOS, 2016), fato este intensificado ao tratarmos de um país que vivenciou uma ditadura militar em que a censura era um forte instrumento de repressão estatal.

Portanto, é importante abordar exemplos de medidas adotadas pelo Poder Judiciário que versaram sobre o embate entre o crime de apologia e a liberdade de expressão, principalmente as que tratam sobre os ritmos periféricos. Dessa forma, passa-se a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 187 – no caso da Marcha da Maconha, uma das principais resoluções do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2.3.1 ADPF 187

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 187 chegou ao STF através da Procuradora Geral da República, Déborah Duprat, questionando a interpretação do artigo 287 do CP como fundamento para reprimir a marcha da maconha (CAVALCANTE, 2017), devido não só a relevância do tema e a necessidade de um debate público aprofundado sobre, mas também sobre o risco de resultar em uma censura a manifestações públicas, ferindo, dessa forma, direitos fundamentais resguardados na constituição, e, por consequência, a democracia.

Nesse panorama, ao analisar o ADPF 187, o Ministro Celso de Mello, o então relator do processo, sinalizou como obrigação do Estado fornecer os meios necessários para os seus cidadãos usufruírem do direito de liberdade de reunião e de expressão, não sendo cabível impor medidas restritivas, posto ser inerente ao Estado democrático a participação da população em processos decisórios do Governo (CAPEZ, 2021). Logo, a limitação de tais direitos possui um caráter extraordinário, como nos cenários de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, como estabeleceu o Ministro Celso de mello:

O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos (art. 5º, IV e IX e 220, CF), rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Esta insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a esta liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas idéias. Por outro, ela revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional. Uma ideia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode

ouvir. O debate sobre temas políticos, como a legalização das drogas, representa o verdadeiro ‘coração’ da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial, e é contra ele que atenta a exegese do art. 287 do Código Penal ora impugnada. Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder (BRASIL, 2011, p. 4-6).

Sendo assim, é incompatível com a democracia que o Estado possua órgãos com o objetivo de censurar ou pratique políticas discriminatórias contra determinadas manifestações de pensamento (BRASIL, 2011), o que é bastante suspeito no que diz respeito aos delitos de opinião, uma vez que objetiva impedir a manifestação livre de determinado ponto de vista.

Por outro lado, a Advocacia Geral da União se mostrou desfavorável à ADPF 187¹⁰, questionando a configuração do delito a ser realizada a priori, uma vez que deveria ser analisada somente no caso concreto. No entanto, a ADPF 187 foi julgada procedente em 2011 por unanimidade de votos. É válido abordar o pronunciamento de alguns dos Ministros sobre o assunto, como a explicação do Ministro Luiz Fux:

A primeira delas é lógica e de rara simplicidade: se ocorre uma manifestação em que se defende o fim da proibição legal de uma determinada prática, quer-se que a mesma passe a ser considerada legalmente admissível, deixando de ser crime. Em outras palavras, não se exalta a prática de um crime – louva-se o entendimento de que a prática não deveria ser considerada um crime. A segunda razão é de cunho substancial: a proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas. Há que se compreender o alcance da liberdade de expressão constitucionalmente assegurada (BRASIL, 2011, p. 141).

Na mesma linha, a Ministra Carmem Lúcia discorre:

Acho que a garantia dessa marcha, que absolutamente não respeita ao consumo, até porque hoje ele é crime, nas formas da legislação sobre drogas, propõe apenas que se permita a discussão. Houve tempo também em que outros comportamentos, como foram anotados pelo nobre Relator, foram considerados crimes e deixaram de ser (BRASIL, 2011, p. 163).

¹⁰Para o órgão, “a configuração ou não do tipo penal, bem como de eventual excludente constitucional de liberdade de expressão só podem ser verificadas no caso concreto e não a priori”. Ou seja, as análises de ilegalidade da Marcha deveriam ser feitas após a sua realização, pois, mesmo sendo um movimento que reivindica uma mudança no regime penal, como seria o caso da Marcha da Maconha, ainda assim algum dos manifestantes presentes poderia fazer “apologia ao uso de uma dada substância ilegal, gritando palavras de ordem de uso da substância, portando cartazes nesse sentido ou de alguma outra forma enaltecendo o uso de algo que hoje proibido” (PAULINO; PINTO, 2013, p. 47).

Desse modo, conforme o voto do relator, Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011), fica evidente que a liberdade de expressão e de reunião, quando confrontada com outros direitos, possui uma relevância maior quando ponderada, posto estar intimamente ligada à efetivação de outros princípios fundamentais de liberdade. Logo, enquadrar a marcha da maconha no crime de apologia resultaria em um crime de opinião, o que acarretaria em uma repressão estatal frente à disseminação de ideias, o que é uma característica de Estados ditatoriais.

Ademais, uma interpretação maximizada por parte dos operadores do direito do tipo penal em discussão, criminalizando como apologia qualquer opinião favorável a descriminalização de determinada conduta estaria em desacordo com uma sociedade democrática. Portanto, uma interpretação mais garantista e restritiva é necessária ao delito, evitando que ocorra a sua politização (PRADO, 2007).

Sendo assim, conforme exposto acima, a análise da criminalização da cultura periférica requer uma abordagem interdisciplinar devido a sua complexidade e fatores diversos, como os sociais e os políticos, afetarem a sua ocorrência. Logo, passa-se a uma abordagem da Criminologia Crítica, principalmente na Teoria do Labelling Approach e na Teoria Crítica, para que se possa ter uma compreensão melhor do fenômeno abordado.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Conforme introduzido acima, a Criminologia Crítica buscou compreender o estudo do crime e do criminoso pautado nos ideais de luta de classes, entendendo que a realidade que determinado indivíduo está inserido influencia diretamente na criminalização de condutas. Desse modo, o entendimento de que conflitos existentes entre a classe dominante e a classe dominada, que possui fundamentação principal nas ideias de Karl Marx, determinaria o que seria criminalizado ou não, uma vez que se buscava manter uma ordem social onde a classe dominada está sujeita ao modo de pensar e produzir o capital da classe dominante (GOMES, 2020). Sendo assim, essa teoria de origem Marxista é exemplo de inserção das teorias do conflito, que entende a ocorrência do conflito social como decorrência dessa busca de submissão de uma classe por outra.

Nesse sentido, segundo Gomes (2020), o Direito Penal é utilizado não somente como meio, ou seja, como instrumento de controle social da classe rica sob a classe menos favorecida, mas também como fomentador das desigualdades sociais, fato este evidenciado ao se analisar a composição estatística dos réus, que a maioria são pessoas pobres e de origem humilde.

Desse modo, essa mudança de paradigma proporcionou uma nova forma de compreensão do fenômeno criminal, inserindo as estruturas de poder na análise da problemática criminológica. De acordo com Viana (2018), a grande adesão científica ao estudo da Criminologia Crítica se deve principalmente ao descrédito quanto ao funcionamento do sistema, atuando de forma seletiva para manter o status quo daqueles que detém o poder; e também à crise de legitimidade de Direito Penal, questionando que ele seja fruto de consenso social ou apenas interesses garantidos da classe dominante.

Sendo assim, a Criminologia Crítica demonstra que a adequada compreensão do processo de criminalização exige uma análise interdisciplinar, levando em conta os fatores históricos, sociais e econômicos. Ademais, expõe a aplicação do Direito Penal de maneira mais repressiva nas classes menos favorecidas economicamente, e defende um intervencionismo econômico, uma vez que entende o Estado capitalista como principal fator criminógeno, onde os conflitos sociais relacionados à criminalidade decorrem das estruturas sociais que geram esse desequilíbrio econômico (VIANA, 2018).

Logo, essa construção de uma teoria materialista, ou seja, econômica-política da criminalização, quebra com a velha criminologia positivista, pautada nos aspectos biopsicológicos¹¹. Nesse sentido, Baratta definiu a Criminologia Crítica:

Na perspectiva da Criminologia Crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é - segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores - um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2002, p. 161)

Logo, a análise recai sobre a origem dos fenômenos delituosos, ou seja, há um deslocamento de foco do delinquente enquanto autor para as condições objetivas da estrutura social inserida na realidade do mesmo. E um deslocamento, por consequência, da análise das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais, onde há a criação e realização dos processos de criminalização (BARATTA, 2002). Ou seja, objetiva compreender não só o porquê, mas o por quem determinadas condutas são criminalizadas.

Portanto, a partir do exposto acima, é importante compreender o pensamento de dois movimentos criminológicos da Criminologia Crítica: a Teoria do Labelling Approach, também denominada como Teoria da Rotulação Social ou Etiquetagem, ou ainda Teoria Interacionista ou da reação social, que foi um primeiro movimento para uma teoria não-funcionalista, que não pressupõe um consenso¹², e a Teoria Crítica (SHECAIRA, 2020).

3.1 Teoria do Labelling Approach

¹¹Como se recordará, esta buscava a explicação dos comportamentos criminalizados partindo da criminalidade como um dado ontológico pré constituído à reação social e ao direito penal. Recordase-á, também, como tal criminologia pretendia estudar nas suas “causas” tal dado, independentemente do estudo das reação social e do direito penal. (BARATTA, 2002, p. 160)

¹²As teorias criminológicas do consenso, apresentam corte funcionalista de Jeremy Bentham, baseiam-se em preceitos de caráter liberal, com clara influência do movimento iluminista do século XVIII, as quais centram-se no ideal do contrato social de Rousseau. Visualizam a sociedade como uma estrutura de elementos persistente e estável, que tem o consenso como base da estrutura social. Fazem parte desse conjunto as teorias da ecologia criminal, da associação diferencial, da anomia e da subcultura delinquente. (ARAÚJO, 2010)

Conforme leciona Shecaira (2020), a teoria do labelling approach surgiu nos Estados Unidos, no início da década de 60, trazendo uma perspectiva modificadora e quebrando paradigmas não só referentes à criminologia tradicional, mas também quanto ao próprio Direito Penal. Esse período era marcado por intensos conflitos de cunho ideológico, que acabavam por ter consequências na cultura e nas relações humanas¹³. Logo, em um contexto histórico marcado por embates sociais intensos, como o movimento pacifista quanto à Guerra do Vietnã, a luta pelos direitos civis da comunidade negra, o movimento hippie e o fortalecimento dos movimentos estudantis, pautados principalmente numa busca pela quebra com os padrões tradicionais de consumo, evidenciou condições ideais para a materialização da teoria que também buscava compreender tais questionamentos sociais.

Desse modo, como consequência desses conflitos, foi rompido o ideal de que os EUA poderia eliminar gradativamente a pobreza e as desigualdades, uma vez que a utilização das leis penais para controlar os movimentos sociais transformou pessoas comuns em criminosos (SHECAIRA, 2020). Tal reação governamental notabilizou questões como o racismo, a discriminação sexual e machista, a desigualdade de classes, modificando o otimismo existente na sociedade americana, e fazendo com que surgisse estudos sobre a perspectiva da interação social e suas reflexões no âmbito do delito. Desse modo, elevou-se as instâncias formais de controle ao grupo de fatores criminógenos.

Ainda conforme aduz Shecaira (2020), ao destacar e trazer o aparato repressivo da esfera estatal para a compreensão do problema criminológico, passou-se a analisar a reação dos indivíduos perante estas instâncias de controle. Ou seja, a atenção é voltada não mais para a ação do criminoso, mas para a sua reação.

Tal entendimento possui um caráter de estigmatização, rotulando, dessa forma, determinados grupos sociais e incidindo principalmente na chamada criminalização secundária (SHECAIRA, 2020). Ou seja, na identificação e acusação dos órgãos estatais sobre os indivíduos a quem se atribui um fato primariamente criminalizado, sendo a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.

Corroborando com o pensamento, Baratta (2002) entende que a definição de delito está diretamente ligada com a recepção de valores que determinada sociedade busca resguardar no seu sistema penal em um dado momento, ou seja, o que será considerada uma

¹³ “Essa década é marcada por um culto “científico” às drogas, pelo psicodelismo do rock and roll, por uma enfática resistência pacifista à Guerra do Vietnã, por uma campanha abrangente pelos direitos civis, pela luta das minorias negras, pelo fim das discriminações sexuais, pelo despertar da consciência estudantil que passa a conhecer seu próprio poder, por transformações existenciais que permitem aos jovens encontrarem seu próprio eu, enfim, por um fermento de ruptura potencializador da sociologia do conflito” (SHECAIRA, 2020, p. n.p)

conduta criminosa ou lícita dependerá mais dessa definição social do que de uma atitude intrinsecamente boa ou má por parte dos indivíduos, não tendo, pois, como desassociar as implicações político-sociais e a ação do sistema penal. Nesse sentido, o autor expõe acerca da teoria da reação social o seguinte:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instâncias penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias (BARATTA, 2002, p. 86).

Sendo assim, é notório a relevância de considerar as reações das instâncias oficiais de controle social na sua função constitutiva em face da criminalidade, posto a necessidade de compreender o crime como uma realidade social composta de vários processos em que elas estão inseridas (BARATTA, 2002). Ou seja, a explicação para a ocorrência do crime não estaria no desvio primário, mas nas respostas formais do Estado para o comportamento, deslocando o foco do criminoso para o processo de criminalização (VIANA, 2018).

De acordo com o entendimento de Viana (2018), a posição social do indivíduo também influencia nas respostas das agências formais, o que intensifica a problemática daqueles que controlam o processo de criminalização, tendo em vista que, normalmente, fazem parte da classe dominante e possuem uma posição social de privilégio, o que possibilita a estes que possuem o poder político-econômico determinar o que é etiquetado, e também quem será considerado desviante. No mesmo sentido, Ruther (1982) complementa o pensamento ao estabelecer que a parcela da sociedade que possui maior domínio e poder acaba por definir a criminalidade com base nos seus próprios interesses.

Segundo Shecaira (2020), o controle social formal exercido pelo Estado é mais discriminatório se comparado, por exemplo, ao controle exercido pelas famílias e pela opinião pública, que são os controles sociais informais, posto que além de recair sobre a esfera privada de liberdade mediante a persecução penal, também rotula a uma determinada pessoa uma aplicação pública.

Ao voltar o olhar para os questionamentos quanto ao comportamento desviante que foi rotulado como tal e os efeitos decorrentes dessa estigmatização, para Baratta (2002), os teóricos do labelling approach orientaram seus estudos para a identificação das consequências

que o etiquetamento de criminoso causaria em um indivíduo e, conseqüentemente, também para o estudo daqueles que etiquetam, ou seja, as agências de controle social.

Importa salientar que Shecaira (2020), dispõe que os autores do Labelling Approach evitam o uso de terminologias como criminoso, delinquente e bandido, por ter um caráter pejorativo e tachar aqueles que produziram comportamentos desviantes, perpetuando um rótulo negativo devido ao envolvimento com a justiça criminal:

Para os autores do labelling a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre. Daí o tema central desta teoria ser precisamente o estudo do processo de interação, no qual o indivíduo é chamado de delinquente (SHECAIRA, 2020, p. n.p)

Tal entendimento tem efeitos também nos fenômenos de criminalização primária e secundária¹⁴, uma vez demonstrado que a reação social a um comportamento desviante tende a fazer com que o indivíduo incorpore o papel que lhe foi dado, ou seja, a estigmatização introduzida tem força de gerar desvios sucessivos para a pessoa. Portanto, indo de encontro à teoria da função ressocializadora da pena, especialmente as penas detentivas, que ao invés de uma reeducação, gerava uma inserção do indivíduo em uma carreira criminosa (BARATTA, 2002).

Ainda assegura Shecaira (2020), uma das principais decorrências desse processo é a redução feita pela sociedade, principalmente nas agências de controle estatal, do agente desviante àquilo que foi praticado, ou seja, não mais importa quem aquele indivíduo é, mas sim a sua ação delituosa, mudando drasticamente a sua identidade perante a sociedade, o que acarreta numa visão simplista da realidade. Nessa mesma linha, o autor pronuncia:

De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem. A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. As dificuldades são ainda mais pronunciadas quando o agente, embora negue o papel desviado, é, cada vez, identificado por terceiros pela conduta classificada como desviada (SHECAIRA, 2020, p. n.p).

Sendo assim, essa estigmatização feita pela sociedade perpetua um processo que facilita a reincidência, surgindo uma espécie de subcultura delinquente que propicia um

¹⁴ A criminalização primária consiste no processo de definição de determinada conduta como desviada. A criminalização secundária, como já dito acima, reflete na estigmatização e na seletividade do sistema penal. Ademais, a criminalização terciária analisa a impactação na identidade social do indivíduo após a sua rotulação como criminoso (ARAÚJO, 2010).

mergulho do agente desviante nesse ciclo social, mesmo que a priori ele não se considere desviante (Shecaira, 2020).

Além disso, essa consequente marginalização do indivíduo praticada pela sociedade faz surgir um processo estigmatizante para o condenado de tal modo que atinge o mercado de trabalho e o contexto escolar, tornando o processo de ressocialização quase impossível. Logo, acarretando na perpetuação do comportamento criminoso e na aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados. Tal situação é evidenciada no processo de encarceramento das prisões, visto que o condenado passa por uma série de situações como: a perda do nome, a privação de pertences pessoais e a uniformização com os demais condenados. Acarretando no que Shecaira (2020) denominou de processo gradativo de descultramento.

Complementando o pensamento, Baratta (2002) estabelece que os efeitos psicológicos causados nos indivíduos por essas medidas repressivas dos órgãos estatais está diretamente ligado aos sucessivos desvios praticados pelos mesmos pós reação social, onde o comportamento desviante se torna um mecanismo de defesa, ou até mesmo de adaptação à realidade que lhe foi posta. Ou seja, a pena de detenção consolida a identidade desviante do condenado.

Portanto, com base no aporte teórico descrito acima, é possível dizer que a teoria do labelling approach estabelece que a criminalização de determinados indivíduos abrange o processo de delinquência primária, onde as classes dominantes exercem seu poder na escolha de condutas desviantes para proteger seus interesses; ela traz o aparato repressivo estatal para a compreensão do problema criminológico, que gera uma reação social de caráter estigmatizante, rotulando os desviantes e surgindo uma espécie de subcultura delinquente com reflexos na autoimagem; e a problemática decorrente da institucionalização decorrente do recolhimento prisional, onde as circunstâncias propiciam a reincidência e a inserção do desviante em uma carreira criminal.

3.2 Teoria Crítica

A Teoria Crítica ou Radical, por sua vez, tem seu início marcado pela publicação do livro “Punição e estrutura social” de Georg Rusche e Otto Kirchheimer. O livro demonstra ideais sob fortes influências marxistas e os autores buscam estabelecer a relação entre o modelo de produção do capitalismo mercantil e os mecanismos punitivos estatais. Desse modo, partem da premissa que a delinquência é política uma vez que a lei é um ato político (SHECAIRA, 2020).

Complementando o pensamento, Baratta (2002) aduz que, nessa perspectiva, a criminalidade é uma condição atribuída a determinados indivíduos por meio da proteção a determinados bens mediante tipos penais, estabelecendo os comportamentos nocivos destes bens:

A criminalidade é, segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores, um “bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2002, p. 161)

Ademais, Nestor Filho (2020) define como as principais características da Teoria crítica a concepção conflitual da sociedade e do direito, visto que o direito penal se ocuparia de proteger os interesses individuais do grupo dominante; a crítica severa a criminologia tradicional, uma vez que foi negligenciado uma análise política e social que influenciam o indivíduo; e o entendimento do capitalismo como base da criminalidade, posto que uma solução para a problemática criminológica seria a eliminação da exploração econômica e da opressão política de classes.

Os autores da teoria radical teceram várias críticas a outras teorias, como ao pensamento da Escola de Chicago, e até mesmo à teoria do etiquetamento social. Quanto a primeira, as críticas eram pautadas na comparação das ideias da ecologia criminal¹⁵ com o naturalismo de Spence¹⁶, onde a ideia de desorganização social era definida mediante os critérios da sociedade dominante, traduzindo fatores biológicos em termos sociais para enxergar, com um caráter estigmatizante, determinadas zonas como desorganizadas socialmente. E quanto à teoria do etiquetamento, ressaltou a incapacidade para tratar as origens mediatas da desviação, e, conseqüentemente, focou muito em olhar para as

¹⁵ Observe-se a conclusão da pesquisa: é exatamente na área de menor sociabilidade – leia-se: desorganizada socialmente – em que vamos encontrar os maiores índices de cometimento de delitos. Estamos expressando, 50 anos depois, um conceito trazido pelos teóricos da Universidade de Chicago, especialmente por William Thomas. {...} Nessa zona não havia possibilidade de ser mantida a solidariedade social, com a promoção dos valores tradicionais da comunidade. Isso favorecia a influência das soluções delituosas junto aos recém-chegados, sobretudo os jovens. Esse mecanismo está intimamente relacionado com o conceito de desorganização social acima expendido, o que provoca a falta de controle informal sobre adultos e principalmente sobre os jovens (SHECAIRA, 2020, p. n.p).

¹⁶ Tais ideias, no plano das ciências biológicas, foram trazidas para o pensamento social por Herbert Spencer (1820-1903), quando fez uma analogia entre o funcionamento de um fígado e o da cidade inglesa de Manchester. Em seu ultraliberalismo, Spencer chega a afirmar que os pobres, imprudentes, incapazes, débeis, enfim fracos, em geral, seriam superados pelos mais aptos. Para ele, as “raças inferiores” tinham um grau inferior de sensibilidade e por isso não era conveniente instruí-las mais do que em trabalhos manuais, enfim o suficiente para sua sobrevivência dada a sua inaptidão para o crescimento intelectual (SHECAIRA, 2020, p. n.p).

consequências da estigmatização social sob o desviado, esquecendo as causas da rotulação e da reação da sociedade (SHECAIRA, 2020).

Portanto, ao estabelecer o sistema capitalista como base da criminalidade, os radicais compreendem que a definição de quem seriam os criminosos depende dos interesses da classe dominante, uma vez que o controle da burguesia sobre os meios de produção está intrinsecamente ligado ao objetivo de controle estatal, e consequentemente da aplicação da lei, afirmando como fundamento, o fato do crime variar de acordo com a estrutura política e econômica da sociedade que o define (SHECAIRA, 2020).

Sendo assim, o processo de fortalecimento da industrialização das sociedades capitalistas acentuou o problema da divisão entre as classes sociais, e fez com que as leis penais buscassem manter uma estabilidade como forma de proteger o status quo, tentando não deixar emergir esse confronto de classes sociais. Logo, a teoria crítica possui um cuidado ao tentar conceituar o crime, entendendo a existência de um sistema legal baseado no poder e no privilégio que objetiva controlar os próprios oprimidos (SHECAIRA, 2020). Nesse sentido, dentro da teoria crítica começa a surgir três linhas de pensamento: o neorrealismo de esquerda, a teoria do direito penal mínimo e o pensamento abolicionista, assuntos que serão aprofundados no próximo capítulo.

3.3 Aplicação da Criminologia Crítica ao processo de criminalização da cultura periférica

Tendo como base os conceitos apresentados ao longo do capítulo e as consequências decorrentes desses pensamentos acerca da Criminologia Crítica, importa salientar que houve também impactos no entendimento da criminalização da cultura periférica. Nesse sentido, Shecaira (2020) aborda a repressão implícita que existe com o funk, apontando o preconceito por possuir raízes negras, e principalmente por advir das camadas pobres, ou seja, uma consequência da estigmatização descrita pela teoria do etiquetamento, criminalizando àqueles identificados por esse tipo de música.

O funk como um mecanismo de resistência que busca dar voz a esta parcela da sociedade mais vulnerável deve ser visto como uma manifestação política e cultural, e o seu combate fere as liberdades protegidas constitucionalmente. A sua criminalização denota preconceitos enraizados, onde esse sentimento de exclusão e revolta usado como forma de comunicação entre os jovens pobres incomoda a classe dominante, principalmente por iluminar problemas que são desacreditados (ALVES, 2018).

Complementando a ideia, discorre Danilo Cymrot:

Sob os pretextos de combater o barulho excessivo, as brigas, o tráfico de drogas, a corrupção de menores e a apologia ao crime, os bailes funk chegaram a ser, na prática, proibidos em todo o território fluminense a partir da segunda metade da década de 1990, por meio de leis que impunham uma série de requisitos burocráticos para sua realização de maneira lícita (CYMROT, 2011, p. 3)

Desse modo, não espanta o fato do funk ter sido reconhecido como movimento cultural popular apenas em 2009, embora tenha sido apenas um reconhecimento formal, visto que na prática a discriminação e repressão estatal ainda existem.

Historicamente, a criminalização do funk no Brasil é debatida desde o final da década de 90, e como marco dessa discussão surge a Comissão Parlamentar de Inquérito posta na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro que objetivava a investigação dos denominados “bailes funks”, sob o pretexto de combate ao consumo de drogas, à violência, e à corrupção de menores, o que resultou no projeto de lei 1392/2000 que buscava disciplinar a organização dos bailes funks (CYMROT, 2011).

O projeto de lei resultou na lei estadual 3.410/00, e dentre as principais obrigações destacam-se a que estabeleceu a obrigatoriedade da presença de policiais militares durante todo o evento, a proibição da execução de músicas e procedimentos de apologia ao crime nos locais em que se realizam eventos sociais e esportivos de quaisquer natureza, e a atribuição à autoridade policial a adoção de atos de fiscalização intensa para proibir a venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes, nos clubes e estabelecimento de fins comerciais (CYMROT, 2011).

Posteriormente, a lei 3.410/00 foi revogada pela Lei estadual 5.265/08 de autoria do deputado Álvaro Lins (PMDB), dificultando ainda mais a realização dos bailes funks posto que abriu margem para que qualquer autoridade policial, em nome de uma suposta ordem pública, pudesse determinar o fechamento dos bailes a qualquer momento, abrindo margem para uma subjetividade e discricionariedade do agente estatal. Além disso, burocratizou o processo de solicitação de permissão como uma tentativa de desestimular a realização dos bailes, exigindo documentos como contrato da empresa encarregada pela segurança interna do evento e devidamente autorizada pela Polícia Federal e outros, por exemplo:

O artigo 4o permite à autoridade responsável pela concessão da autorização “limitar o horário de duração do evento, que não excederá a 12 (doze) horas, de forma a não perturbar o sossego público, podendo ser revisto a pedido do interessado ou para a preservação da ordem pública”. O artigo 6o prevê a obrigatoriedade da “instalação de câmeras de filmagem e a gravação das imagens do evento, devendo o vídeo permanecer à disposição da autoridade policial por seis meses após o evento”. Seu

parágrafo único dispõe que “o local de entrada onde serão realizadas as revistas dos frequentadores deverá ter cobertura das câmeras de filmagens, devendo ser devidamente iluminado” (CYMROT, 2011, p. 23).

Ou seja, o reconhecimento do funk como movimento cultural popular foi conquistado após diversas tentativas de criminalizá-lo por meio dos próprios aparatos estatais. Portanto, em 2008, foi aprovada a lei estadual 5.543/09, de autoria dos deputados Marcelo Freixo (PSOL) e Wagner Montes (PDT), que em seus artigos buscou equiparar o funk às demais manifestações culturais, atribuindo ao poder público assegurar a esse movimento a realização de suas manifestações próprias, onde os assuntos concernentes ao funk sejam tratados nos órgãos estatais relacionados à cultura.

Sendo assim, a referida lei proibiu a discriminação de qualquer natureza contra o movimento funk ou seus integrantes, os reconhecendo como agentes da cultura popular, o que representou um passo importante ainda que no âmbito legal (CYMROT, 2011).

3.3.1 O retrato de uma realidade social

A tentativa de enquadrar as manifestações culturais periféricas no delito de apologia, como já abordado anteriormente, possui um caráter repressivo histórico que se confunde com a história política brasileira. E a estigmatização do movimento, como visto nos estudos sobre a Criminologia Crítica, está relacionado diretamente com esse confronto do *status quo* social feito pelo rap e o funk, principalmente ao abordar a realidade das periferias, expondo assuntos como o racismo, a criminalidade, a violência policial e a exploração social. Nesse sentido, aduz Daniel Cymrot:

Esta postura combativa e muitas vezes agressiva do hip hop acaba por chocar aqueles que ainda crêem no mito do homem cordial brasileiro e da democracia racial. A abordagem nua e crua da temática da violência e as críticas à polícia são confundidas com apologia ao crime. As fronteiras entre retratar a realidade e fazer apologia do crime ficaram, entretanto, ainda mais tênues com a ascensão do gênero gangsta rap (CYMROT, 2011, p. 116).

O dilema se intensifica ao analisar a repressão estatal sofrida pela marginalização ao mesmo tempo que o consumo na indústria cultural cresce vertiginosamente, chegando em espaços antes não atingidos pela periferia. Desse modo, surgem os questionamentos que a criminalização vai além da letra da música, mas também de quem canta, visto a diferença de tratamento recebido entre diferentes músicas que cantam ideais semelhantes (CYMROT, 2011).

Sobre esse ponto, Cymrot (2011) exemplifica comparando a repressão sofrida por músicas de outros gêneros musicais, como a música dos Titãs que cantam “polícia para quem precisa de polícia”, ou a música Haiti cantada por Caetano Veloso e Gilberto Gil, onde denunciam a violência policial, e a música “Geni y El Zepelin”, de Chico Buarque. Por outro lado, o cantor Mr. Catra sofria acusação de fazer apologia ao crime com o refrão da música “mata! mata! mata!” enquanto a música do The Doors e Cop Killer faziam alusões no mesmo sentido. Outro episódio emblemático foi a prisão do artista Marcelo D2 e de sua ex-banda *Planet Hemp*, acusados de fazerem apologia às drogas em 1997.

Com efeito, Herschmann (2000) assegura que quando o aparato de segurança estatal e grande parte da sociedade se empenham em impedir a realização dos bailes funks, estigmatizando os artistas e os frequentadores, objetiva combater também o segmento social que se identifica com o gênero. Ou seja, a criminalização tem mais a ver com a classe social do que com o funk em si, uma vez que os fundamentos utilizados para seu impedimento, como o consumo de drogas e substâncias ilícitas, ocorrem também nos eventos em boates frequentados pela classe média e alta:

Pode-se afirmar também que o estigma do funk não se dirige exatamente contra o baile (apesar de ele ser o objeto central do debate entre Estado, sociedade e órgãos de segurança), mas contra o setor social que o assumiu como forte referencial identitário. De uma hora para outra, o funk passou a ser visto como um dos alicerces de uma “visão de mundo/ideologia” que vem alimentando o crescimento da violência (HERSCHMANN, 2000, p. 102).

Essa seletividade dos órgãos repressivos estatais e da aceitação social é refletido até mesmo entre os estilos de música rap e funk, uma vez que o rap possui um maior “respaldo” por possuir um discurso mais politizado e por ter representantes de outras classes, como o rapper Gabriel O Pensador, que é um rapper de classe média. No entanto, isso não significa que ambos não sofram repressão (CYMROT. 2011).

Ademais, o surgimento do estilo “proibidão” advém do cotidiano duro enfrentado nas comunidades, relatando a influência das facções criminosas nesses locais ou abordando o sexo num estilo rasgado. O que não deve ser confundido com a simples apologia ao crime, posto que descreve a própria realidade em que esta grande parcela da população está inserida, o que explica o processo de identificação com as músicas (ALVES, 2018).

Ainda nesse sentido, Rodrigo Silveira (2016) entende a inserção do funk proibidão no contexto urbano e a sua conseqüente incomodação e perturbação a uma suposta ordem social, como decorrência do confronto dessa classe dominante com uma realidade até então

silenciada, caracterizada como negativa, que com a midiaticização estigmatizada fortalece o processo de criminalização.

Esse discurso midiático também colabora para moldar o pensamento social acerca do tema, o que é um instrumento utilizado desde a Era Vargas como já mencionado no presente trabalho, e a sua associação constante à violência e à favela intensificou o rótulo da marginalização da cultura. Tal discurso aliado ao contexto de “guerra às drogas” forneceram as bases para que as agências secundárias atuassem sobre as manifestações, rotulando o funk como atividade desviante (SILVEIRA, 2016).

Portanto, é necessário entender que o que incomoda de ser cantado nas manifestações culturais periféricas é a realidade diária da maioria dos expoentes artísticos dessas músicas, e o combate precisa ser feito a essa realidade e não a sua descrição.

MCs alegam que, até em razão da proibição dos bailes de clube, o “proibidão” é uma música que retrata a realidade da comunidade, feita pela comunidade e para a comunidade, ou seja, não contavam com a hipótese de a música vazar, chocar quem não vive aquela realidade e ensinar a repressão (CYMROT, 2011, p. 129).

Ademais, outra consequência da marginalização cultural é a procura dos artistas representantes da cultura por espaços alternativos onde possam fazer seus shows, uma vez que o mercado formal o discrimina, e a mídia e a indústria cultural não oferecem oportunidades, sendo acolhidos em suas comunidades, onde o gênero “proibidão” faz sucesso. O que reflete a criminalização sendo oriunda de relações de poder dentro de uma sociedade desigual e de conflitos (CYMROT, 2011).

3.3.2 Historicidade da criminalização da cultura periférica

A criminalização da cultura periférica, que se confunde com a criminalização da cultura negra, posto que esta integra boa parte da periferia, não é uma novidade dos tempos atuais. O Livro V das Ordenações Filipinas já proibia os bailes de escravos e o Código Criminal do Império, de 1830, é pautado no medo das insurreições escravocratas. Dessa forma, sob o pretexto de assegurar à ordem pública e por medo de uma rebelião dos escravos, proibiam suas aglomerações e aquilo que possibilitasse surgir um sentimento de liberdade e identificação. Conforme aduz Danilo Cymrot:

O sistema penal controlava escravos, africanos livres, pobres sem patrão, ciganos, mendigos, vadios e crianças abandonadas para que as ruas da cidade pudessem

servir às crescentes atividades do comércio e da indústria. Contra as formas de resistência da população recrudescem as detenções por comportamentos ilegais e inaceitáveis. Em 1850 as prisões permaneciam superlotadas de pobres e escravos, visto que 65% das detenções eram por ofensas à ordem pública e não por crimes (CYMROT, 2011, p. 171).

O código penal de 1890, por sua vez, criminalizava a vadiagem, mendicância e capoeiragem, além do charlatanismo, o curandeirismo e o espiritismo, atingindo as religiões afro-brasileiras. Tal ordenamento objetivava obter nessa população trabalhadores assalariados disciplinados, anulando manifestações que viessem quebrar o status quo pretendido pelos republicanos. Esse temor poderia ser baseado na imagem que o Império transpareceu de defensor das causas de liberdade negra, que se manifestou com o fim da escravidão e monarquia, acarretando na república um discurso de busca pela proteção da moral e dos bons costumes, do progresso e da civilização (CYMROT, 2011).

A raça como causa da criminalidade passa a ser defendida na crise do sistema escravista, onde foram sendo construídas, junto com a elitização do cientificismo como ideologia, ideais que buscavam justificar, por meio de critérios objetivos, a racialização do controle de repressão das instituições estatais. As práticas culturais, nesse contexto, são tratadas como ilegais por serem uma maneira de gerar riquezas para os negros. Nesse sentido, afirma Marcus Coelho:

Casas com práticas religiosas, apoio a escravos foragidos e produção e comércio de alimentos exemplificam a possibilidade de que, com novas práticas econômicas, administradas pelos escravos e libertos, a riqueza fugisse das “mãos brancas” e, ao mesmo tempo, como essa mudança estava associada à crise do sistema escravista (COELHO, 2017, p. n.p).

Dessa forma, o processo de marginalização da cultura negra surge desde o processo de abolição da escravidão, pautado na busca pelo controle social de ascensão da população negra, em que se utilizava da ação policial discriminatória e da dominação de espaços públicos da cidade pela elite intelectual branca para impedir o crescimento da Cidade Negra.

Nesse contexto, a Criminologia de Nina Rodrigues¹⁷ chega para estabelecer o controle social em determinados grupos, numa sociedade com fortes marcas escravocratas,

¹⁷Nina Rodrigues asseverava que “o negro crioulo conservou vivaz os instintos brutos do africano: é rixoso, violento nas suas impulsões sexuais, muito dado à embriaguez e esse fundo de caráter imprime o seu cunho na criminalidade colonial atual”. A criminalização da vadiagem mereceu esufuziante aclamação por parte de Nina, como medida de combate à indolência da população mestiça, atribuída à “riqueza nativa do solo, que dispensa qualquer trabalho” (CYMROT, 2011, p. 174).

desenvolvendo uma teoria que relacionava a mestiçagem com a criminalidade (COELHO, 2017). Ou seja, não é um obstáculo pontual e atual nas relações raciais, é algo construído historicamente que desmistifica o conceito de democracia racial na sociedade brasileira.

Portanto, não tem como desassociar o racismo com o sistema penal, uma vez que os argumentos utilizados nesse período possuem semelhanças com os discursos de controle social das instituições repressivas atuais, o que explica a distribuição da cidadania em sociedades como a nossa (COELHO, 2017).

No que se refere a criminalização do funk em si, como já visto no decorrer do capítulo, a mudança legislativa não foi acompanhada pela atuação por parte dos órgãos estatais de controle, que continuaram atuando de maneira discriminatória. Ao atrelar a violência e a prática de delitos a uma manifestação cultural periférica, acabam associando, talvez propositalmente, a todo um segmento da sociedade, como se as demais manifestações, como as baladas frequentadas pela alta classe média, não tivessem sido submetidas às mesmas circunstâncias. Existe, dessa forma, uma mudança de percepção de acordo com quem pratica determinado comportamento. É o que expressa Cymrot:

A questão, sob a perspectiva da teoria crítica, não é negar que alguns “funkeiros” são violentos, mas “repensar de que forma suas falas e atitudes se diferenciam daquelas produzidas por outros jovens mais ‘integrados na estrutura social’”, ou seja, questionar por que são os setores mais vulneráveis à repressão que se tornam sinônimo da “delinquência juvenil” e “pagam o pato” pela violência que existe em todos os estratos sociais (CYMROT, 2011, p. 183).

Ademais, outra decorrência da estigmatização da cultura periférica apontada pelos criminólogos radicais, é o fato dos agentes de justiça, como o juiz, constantemente pertencerem a classe dominante, não tendo a real compreensão do universo enfrentado pela figura do réu, que normalmente pertence a classe desfavorecida, ocorre uma tendência em condená-lo, seja por essa não identificação ou pelo estereótipo e preconceitos decorrentes da distância social com o acusado. O que reflete também nas instâncias formais de controle social, atuando de forma mais repressiva e discriminatória nas camadas mais desfavoráveis socialmente (CYMROT, 2011).

Sendo assim, toda a problemática acerca da criminalização da cultura periférica reflete uma extensão do papel do Direito Penal, que teoricamente deveria ser usado como ultima ratio na proteção de bens jurídicos mais importantes, como estabelece o princípio da intervenção mínima, e esbarra numa função de controle das classes baixas e manutenção da ordem hierárquica, baseado na proteção de uma suposta paz pública, por meio da associação

da cultura periférica a tipos penais como o de tráficos de drogas, apologia ao crime e corrupção de menores (CYMROT, 2011).

4 ANÁLISE PRÁTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA CULTURA PERIFÉRICA SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Desse modo, importa analisar toda a construção histórica e social da criminalização da cultura periférica traçando um paralelo com o modelo do Direito Penal Mínimo, passando pelo conceito e seus princípios norteadores. Ademais, averiguar de forma prática a compatibilidade da atuação judiciária sobre a problemática apresentada com os princípios orientadores do Direito Penal Mínimo e do Estado democrático estabelecido na Constituição Federal de 1988. Abordando, consequentemente, o papel que esse ramo do direito deve ter na sociedade.

4.1 Delimitação conceitual

O Direito Penal, no ordenamento jurídico brasileiro, tem como pressuposto primordial a compatibilização com o princípio da dignidade humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. A partir dele, derivam uma série de outros princípios, como o da lesividade e o da intervenção mínima, que serão abordados posteriormente que orientam a aplicação desse ramo do direito. Nesse sentido, o Direito Penal além de possuir a função de estabelecer quais condutas são entendidas como proibidas e impor punições a quem praticá-las, também limita a atuação punitiva do poder estatal, impondo, por exemplo, a necessidade de estabelecimento prévio das condutas criminalizadas, evitando discricionariedades por parte dos operadores do direito e buscando assegurar garantias ao cidadão (CAPEZ, 2018).

No entanto, a partir do debate sobre quais condutas seriam abarcadas pelo Direito Penal, uma vez que tais pressupostos não excluem totalmente a possibilidade do legislador criar leis que não objetivam a proteção de bens fundamentais para o convívio em sociedade, Rogério Greco (2016) elucida o modelo penal garantista de Luigi Ferrajoli, o qual é fundamentado num garantismo constitucional, que estabelece garantias primárias e secundárias:

As garantias primárias são os limites e vínculos normativos – ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais – impostos, na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder. As garantias secundárias são as diversas formas de reparação – a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos – subsequentes às violações das garantias primárias (FERRAJOLI, 2000, p. 132).

Portanto, deverá a lei ser interpretada conforme a constituição, devendo o magistrado resguardar os direitos fundamentais. Ou seja, a teoria do garantismo penal vem estabelecer critérios para a intervenção penal, não permitindo que seja invocada uma suposta busca pela defesa social para limitar direitos e garantias individuais. Nessa perspectiva, Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho aduzem que:

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas (DE CARVALHO; DE CARVALHO, 2001, p. 17)

Nessa linha de reflexões sobre a função do direito penal, importa trazer a teoria sobre o funcionalismo teleológico ou moderado do Direito Penal formulado por Roxin na publicação da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, em 1970. Diferentemente do funcionalismo radical de Jakobs¹⁸, que, em linhas gerais, entende como função do Direito Penal assegurar o império da norma, o funcionalismo teleológico, por sua vez, entende que a função principal do Direito Penal é assegurar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, sendo interpretado juntamente com as consequências práticas que produz, ou seja, estando sujeito a correções no caso concreto mediante os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal (BITENCOURT, 2021).

Portanto, essa corrente que procurou entender o funcionalismo penal priorizando valores e princípios garantistas, fundamentando o sistema penal em caracteres teleológicos e axiológicos tem importância e influência direta para a concepção de modelo do Direito Penal Mínimo (PIMENTEL, 2020).

Sendo assim, a corrente de pensamento que defende a utilização do Direito Penal Mínimo, que foi pautada principalmente pelas ideias apresentadas acima, acredita que o Direito Penal somente deve agir para resguardar os bens jurídicos indispensáveis para o convívio em sociedade, atuando com o caráter de *ultima ratio*, ou seja, apenas quando as demais áreas do Direito não forem suficientes para proteger tais bens (PIMENTEL, 2020).

¹⁸ Já de acordo com o funcionalismo sistêmico (ou radical), defendido por GÜNTER JAKOBS, a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema (CUNHA, 2016, p.34).

Logo, fica demonstrado a ligação íntima existente entre a corrente de pensamento e o princípio da dignidade humana, uma vez que visa assegurar as garantias individuais ante a atuação do ramo mais repressivo e danoso do ordenamento jurídico, buscando uma utilização mais racional do Direito Penal, que embora necessário à manutenção da paz social e segurança jurídica, seja exercido somente para proibir os comportamentos intoleráveis que atinjam os bens jurídicos mais importantes da sociedade (GRECO, 2016). Nessa linha, Ferrajoli expõe:

Determino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. [...] Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos.[...] Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84).

Ou seja, ao traçar um paralelo com a corrente do Direito Penal Máximo¹⁹, Ferrajoli (2002) estabelece a respeito do Direito Penal Mínimo um vínculo com o garantismo e a racionalidade, destacando o caráter da previsibilidade, o que reduz a discricionariedade da intervenção penal. Além disso, enumera uma série de instituições referenciadas a este modelo, como o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reu* e a interpretação restritiva dos tipos penais.

¹⁹ Uma das formas de Direito Penal Máximo mais famosas é o Direito Penal do Inimigo, idealizado por Günter Jakobs na década de 1990. Ele afirmava que a sociedade é formada de cidadãos, que respeitam a existência do Estado, e de inimigos, que tentam de toda forma destruí-lo e fundar uma nova ordem jurídica. O principal exemplo de inimigo, para essa corrente, é o terrorista que tem como fim de suas ações atacar o Estado e não as vítimas diretas de seus atos. Nesse sentido, Jakobs propôs um sistema dualista entre Direito Penal do Cidadão, em que haveriam princípios e regras garantistas, e o Direito Penal do Inimigo, que o principal fim seria punir os inimigos do Estado, e em que não haveriam todas as garantias do Direito Penal do Cidadão (PIMENTEL, 2020, p. 18).

Por outro lado, o Direito Penal Máximo estabelece que o Direito Penal deve regular toda a vida em sociedade, não havendo a diferenciação da importância de determinado direito ou seu valor, reprimindo qualquer violação ao direito, ou seja, sendo utilizado como *prima ratio*, conforme afirma Greco (2016).

Ademais, implica diferenciar os conceitos da corrente do Direito Penal Mínimo e do Abolicionismo penal. Diferentemente do apresentado acima acerca do Direito Penal Mínimo, os abolicionistas, que teve em Louk Hulsman uma das figuras principais, acreditam na queda de todo o sistema penal, onde os conflitos possam ser resolvidos pela própria sociedade, ou através da justiça cível ou administrativa (GRECO, 2016).

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa “produzir e fazer prosperar a nação” (GRECO, 2009, p. 9).

Dessa forma, essa ideia utópica é pautada principalmente pelo descontentamento com a crueldade do sistema penal e pela sua seletividade na aplicação, atingindo na maioria dos casos indivíduos de uma determinada classe social ou cor, bem como acerca da ineficiência da aplicação da pena, posto que vem se demonstrando ineficaz na prevenção e reprovação do delito. Tal seletividade é demonstrada por Greco (2009) ao evidenciar que a maior parcela de infrações penais que não chegam aos órgãos de controle estatais não contemplam o “público-alvo” do Direito Penal, que denominou de cifra negra.

Entretanto, essa visão extremista do Direito Penal baseado no princípio da dignidade humana não parece ser a melhor opção, uma vez que existem crimes hediondos, como o homicídio, que não possuem soluções viáveis fora da esfera penal. Nessa linha, entende Pimentel (2020):

No entanto, embora o abolicionismo tenha como principal cânone o princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo não parece ser a melhor opção. Existem inúmeras situações imagináveis, e corriqueiras no Brasil e em outros países, em que não se vislumbra outra alternativa a não ser a aplicação de sanções penais. Como o Direito Administrativo e o Direito Civil seriam suficientes para punir, reprovar e prevenir condutas como o homicídio, latrocínio, dentre outros crimes hediondos? Assim, resta evidenciado que o abolicionismo tem fundadas críticas ao sistema penal, entretanto não se vislumbra qualquer alternativa viável que mantenha os bens

jurídicos mais importantes da sociedade seguros. Dessa forma, conclui-se que o que deve ser feito é o melhoramento do sistema penal vigente, e não sua abolição (PIMENTEL, 2020, p. 17).

Dessa forma, as concepções de Direito Penal Mínimo e Abolicionismo Penal não se confundem. Embora possam possuir fundamentos que se assemelham no que diz respeito à proteção da dignidade humana e na resguarda de garantias individuais, apresentam diferenças no tocante aos fins do sistema penal e a sua necessidade no ordenamento jurídico.

4.2 Princípios do Direito Penal Mínimo

A ideia de atuação do direito penal somente na proteção dos bens mais importantes para a sociedade, ou seja, o seu caráter de *ultima ratio*, possui fundamento numa série de princípios resguardados juridicamente. Alessandro Baratta (2003), em sua obra Princípios do Direito Penal Mínimo, ao mesmo tempo que estabelece vários limites para a intervenção penal, também objetiva definir qual seria o objeto da tutela penal.

Nesse sentido, o autor expõe várias proposições além daquelas já tratadas no decorrer do trabalho acerca das críticas ao direito penal nas teorias criminológicas, como a seletividade do funcionamento da justiça penal e a representatividades dos interesses dos grupos dominantes nos órgãos que compõem a justiça penal. Aqui, vale destacar a crítica feita ao fato do sistema punitivo produzir mais problemas do que pretende resolvê-los, uma vez que se mostra inadequado na solução das suas funções, quais sejam conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, ou ainda defender os interesses principais dos indivíduos e da comunidade. Logo, Baratta (2003) associa a concepção de direitos humanos como estratégia para a mínima intervenção penal e para a construção de uma política alternativa de controle social.

Os princípios que se articulam na esfera da lei e a ideia da mínima intervenção penal se agrupam, antes de tudo, em duas categorias que dependem da adoção de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo ao direito penal. O ponto de vista interno dá lugar aos princípios intrassistemáticos que indicam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei. O ponto de vista externo dá lugar aos princípios extrassistemáticos que se referem, em troca, a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal (BARATTA, 2003, p. 6).

Nessa linha, o autor classifica os princípios que estão inseridos no sistema em princípios de limitação formal, limitação funcional, e limitação pessoal. Dessa forma, é importante analisar os principais princípios que norteiam o modelo de Direito Penal Mínimo, orientando não só a atuação legislativa na produção e revogação dos tipos penais, mas também a sua aplicação ao caso concreto.

4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio está intimamente ligado com a própria concepção atual de Estado Democrático de Direito, servindo, dessa forma, como princípio basilar de todos os outros. Ou seja, é o princípio da dignidade da pessoa humana que torna o direito penal democrático, orientando toda a sua formação. Portanto, qualquer ato que venha ferir tal princípio é considerado inconstitucional, posto que contraria a própria existência do nosso Estado (CAPEZ, 2018).

Outrossim, estabelece que não basta o conceito formal de crime, ou seja, aquilo que o legislador prevê como crime, também é necessário conter o caráter material, ou seja, colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. Nessa linha, Capez (2018) alude:

Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta (CAPEZ, 2018, p. n.p).

Por consequência desse princípio, é possível limitar a atuação do legislador, restringindo possíveis práticas que não tenham como objetivo a proteção dos bens jurídicos importantes e limitando as arbitrariedades que o legislador possa vir a cometer (CAPEZ, 2018).

De pouco adiantaria assegurar ao cidadão a garantia de submissão do poder persecutório à exigência prévia da definição legal, se o legislador tivesse liberdade para eleger de modo autoritário e livre de balizas quais os bens jurídicos merecedores de proteção, ou seja, se pudesse, a seu bel-prazer, escolher, sem limites impostos por princípios maiores, o que vai ser e o que não vai ser crime (CAPEZ, 2018, p. n.p).

Em mesmo sentido expõe Rogério Sanches Cunha:

A ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais (CUNHA, 2016, p.100).

Assim, o princípio da dignidade humana perpassa e precisa ser respeitado em todas as fases que se refere a lei penal, recaindo o controle tanto em abstrato como em concreto, refletindo na atuação legislativa e judicial (PIMENTEL, 2020). Ou seja, não é cabível o direito penal ser aplicado em situações que apenas possuam conformidade formal e que na situação prática se mostra contrária aos preceitos constitucionais.

4.2.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, como o próprio nome já remete, está diretamente relacionado com a corrente do Direito Penal Mínimo. A partir dele, podemos apontar outras duas características do sistema penal, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Sendo assim, o direito penal possui um caráter excepcional, devendo ser aplicado somente nos casos em que não existem outros meios de resolução, o que representa uma verdadeira proteção política do cidadão contra o poder punitivo estatal. Em um Estado que notoriamente possui um excesso incriminador, além de tipos penais abstratos e impessoais, tal princípio representa um suporte ainda maior de proteção (CAPEZ, 2018).

Nessa lógica, Rogerio Greco ensina:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância (GRECO, 2016, p. 97).

Seguindo a mesma linha, Sanches Cunha (2016) expressa que a aplicação do direito penal só deve ocorrer quando estritamente necessária, nos casos em que somente o sistema penal possui o poder de evitar ou punir determinadas condutas que ponham em risco bem jurídico relevante para a convivência social pacífica

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (*ultima ratio*), mantendo-se subsidiário. Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo (CUNHA, 2016, p. 70).

Assim sendo, além do caráter subsidiário, atuando quando os demais ramos do direito se mostram ineficientes de dar a tutela devida para bens relevantes socialmente, o direito penal também possui o caráter fragmentário, logo se restringirá a sancionar as condutas mais graves e perigosas contra bens mais relevantes, especificando ainda mais o conteúdo abarcado penalmente, ou seja, não sancionando todas as condutas lesivas dos bens jurídicos (BITENCOURT, 2018).

Cunha (2016), faz uma relação dessa característica fragmentária do direito penal com o princípio da insignificância ao apontar a necessidade da tipicidade material, não devendo ser aplicado nos casos considerados irrelevantes juridicamente e socialmente, ainda que ocorra a tipicidade formal.

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sob o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade (CUNHA, 2016, p. 72).

Dessa forma, é possível pontuar que além de orientar o legislador na criação e revogação dos tipos penais, devido o entendimento da utilização do direito penal como *ultima ratio*, o princípio da intervenção mínima também deve influenciar diretamente na interpretação por parte dos operadores do direito quando do exame nos casos concretos.

4.2.3 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, por sua vez, estabelece a necessidade de existir um perigo concreto, real e comprovado de lesão ao bem jurídico para a configuração do crime, o que faz com que ocorra também uma forma de restrição perante a intervenção penal estatal. De forma semelhante aos demais princípios, o princípio da lesividade ou ofensividade demonstra a característica do Direito Penal de se limitar a proteger os bens jurídicos mais importantes, influenciando também na limitação da atuação legislativa e orientando a aplicação do Direito

em casos concretos (PIMENTEL, 2020). Dessa forma, a intervenção estatal concernente à repressão penal precisa ser pautada em critérios efetivos e concretos de interesses socialmente relevantes, demonstrando o perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

A respeito do caráter norteador que o princípio da lesividade exerce tanto no momento de elaboração dos diplomas legislativo-criminais, como no momento da aplicação no caso concreto, os quais Bitencourt (2018) denominou de função político-criminal e função interpretativa, respectivamente. Ademais, trata Cunha (2016) que:

Tal como outros princípios já analisados, o da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (CUNHA, 2016, p. 94).

Sobre a relação com os demais princípios, Greco (2016) declara a semelhança e a complementação existente entre o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal (GRECO, 2016, p. 101).

No entanto, é importante elucidar que o princípio da lesividade e o princípio da insignificância não se confundem, uma vez que este é invocado na ocorrência de situações concretas onde o bem jurídico que se visa proteger é importante, mas a insignificância decorre da lesão considerada ínfima. Enquanto o princípio da lesividade, como visto acima, também é aplicado em abstrato (PIMENTEL, 2020). Como consequência desse fundamento, Bitencourt (2018) estabelece que são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato²⁰.

4.2.4 Outros princípios importantes

²⁰ Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal (BITENCOURT, 2018, p. n.p).

Além dos três princípios elencados no decorrer do capítulo que norteiam o conceito do Direito Penal Mínimo, existem outros que são considerados imprescindíveis para a sua concepção e relevantes para o seu entendimento.

Importa destacar, dessa forma, o princípio da adequação social. Partindo dos mesmos pressupostos até aqui definidos a respeito da aplicação do Direito Penal, ou seja, da sua aplicação somente nos casos que tenham certa relevância social. Logo, não há de se falar em crime quando determinada conduta é considerada socialmente aceita (GRECO, 2016). No entanto, não pode tal princípio, por si só, ter o poder de revogar a lei incriminadora, uma vez que uma interpretação por parte do juiz nesse sentido feriria a separação dos poderes, entrando na esfera legislativa.

Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores; Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o caput do art. 2 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942) (GRECO, 2016, p. 106).

Ademais, o princípio da humanidade e o princípio da reserva legal. O primeiro é marcado por estabelecer que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana, o que fundamenta a restrição acerca da pena capital e da prisão perpétua (BITENCOURT, 2018), sendo resguardados constitucionalmente as garantias aos presos o respeito à integridade física e moral, vedando a aplicação de pena de natureza cruel e degradante.

Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal (CUNHA, 2016, p. 315).

O segundo é caracterizado por definir que somente a lei, em sentido estrito, pode definir crimes e cominar penalidades (CAPEZ, 2018). Quanto à matéria penal, a Constituição prevê em seu artigo 22, inciso I, como bem ensina Bitencourt (2018), que compete privativamente à União legislar sobre. Sendo assim, o princípio da reserva legal estabelece a necessidade de determinadas matérias serem reguladas por meio de lei formal, limitando o *jus puniendi* estatal.

Já o princípio da reserva legal pressupõe lei em sentido estrito, ou seja, nenhuma conduta será tipificada como crime ou contravenção e nenhuma pena será cominada a não ser por meio de dispositivo cujo conteúdo tenha sido devidamente debatido e votado por cada uma das Casas parlamentares em forma de lei ordinária (mais comum) ou de lei complementar (não tão usual porque reservada às hipóteses em que a Constituição exige a regulamentação por esta espécie legislativa) (CUNHA, 2016, p. 52).

Outros dois princípios que cabe pontuar e que fundamentam a corrente do Direito Penal Mínimo são o princípio da responsabilidade subjetiva e o princípio da transcendentalidade. Este é caracterizado pela exigência de que determinada conduta alcance a esfera individual de outra pessoa para a existência do crime, ou seja, como o próprio nome já remete, transcenda a esfera individual do autor da conduta, proibindo a criminalização dos crimes de pensamento. Enquanto o princípio da responsabilidade subjetiva é mais uma proteção resguardada aos indivíduos perante a atuação estatal, uma vez que exige a prova do elemento subjetivo, dolo ou culpa, para a caracterização do crime (PIMENTEL, 2020).

4.3 Análise da atuação do Poder Judiciário

Assim sendo, tendo como base a conceituação e os princípios orientadores que regem o Direito Penal, importa analisar como vem sendo decidido, no âmbito prático, as questões que cercam a problemática da criminalização da cultura periférica, posto que cada vez mais tem-se buscado uma diminuição da intervenção penal fundamentada nos preceitos constitucionais de garantia à dignidade humana e à liberdade dos indivíduos.

Devido ao fato de já ter tratado da criminalização legislativa no tópico da aplicação da Criminologia Crítica ao processo de criminalização dos ritmos periféricos, onde se analisou a bagagem histórica e social do desenvolvimento criminalizante, neste tópico será analisada a atuação judiciária.

O primeiro ponto de indagação ocorre quando a maioria dos processos encontrados sobre o delito de apologia de crime ou criminoso referentes a produção musical remetem aos gêneros *rap* e *funk*, principalmente relacionados a questão do uso de drogas, o que demonstra uma seletividade no uso do dispositivo uma vez que reprimem principalmente os ritmos associados ao desabafo das comunidades periféricas, os quais permitem exprimir suas realidades e denúncias (SANTOS, 2016).

Um dos casos mais emblemáticos que remetem ao crime de apologia de crime ou criminoso relacionado ao ritmo *funk*, é o caso do Mc Frank no HC 89244/RJ²¹, em 2006, que foi processado devido a música “Bonde do 157”. No processo, a defesa do artista buscou fundamentar o pedido de sobrestamento da ação penal, ou seja, a interrupção do andamento do processo, no fato do artista somente interpretar a música, não sendo o autor, e também argumentando no sentido de apresentar outras músicas que fazem referências a práticas delituosas que não receberam o mesmo tratamento, enumerando assim: Pivete, de Chico Buarque e Francis Hime; Meu gol de placa, de Latino; Matei o presidente, de Gabriel o Pensador; Malandragem dá um tempo, de Bezerra da Silva, interpretada pelo Barão Vermelho; Folha de bananeira, de Armandinho; Preconceito de cor, de Bezerra da Silva, e Minha embaixada chegou, de Assis Valente (STF, HC 89244/RJ).

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, não acolheu os argumentos, entendendo ser necessário uma relevância maior do pedido formulado e o concurso do risco de manter-se com plena eficácia a tramitação, sequer enfrentando o argumento da comparação com as demais obras artísticas. Dessa forma, indeferiu o *Habeas Corpus* para o trancamento da ação penal, esperando a manifestação do Ministério Público e a decisão da Turma Recursal (SANTOS, 2016).

Com base nesse julgamento, Santos (2016) aponta que a forma do judiciário encarar determinada obra como apologia ao crime está diretamente relacionada com o ritmo pertencente e a camada social que a consome, visto que o ministro se limita a não fazer maiores considerações sobre a música, mas registra ser pertencente ao ritmo *funk*.

Portanto, buscou-se soluções do campo da formalidade, não ousando adentrar nos méritos da realidade social, não debatendo, assim, se tais condutas estariam ou não resguardadas pela garantia do direito à liberdade de expressão, nem discutindo a atuação dos

²¹ AÇÃO PENAL - SOBRESTAMENTO - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - INDEFERIMENTO DE MEDIDA ACAUTELADORA. 1. Está-se diante de pleito de sobrestamento de ação penal movida contra o paciente, considerado o tipo do artigo 287 do Código Penal - "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime". A Primeira Turma Recursal do Rio de Janeiro assentou a impropriedade de pedido formulado visando ao trancamento da ação por falta de justa causa. Ao fazê-lo, consignou a execução de música, em ritmo funk, com suposto enaltecimento de prática delituosa. {...} Mesmo para o simples sobrestamento de processo-crime, mostram-se necessários a relevância maior do pedido formulado e o concurso do risco de manter-se com plena eficácia a tramitação. Isso não ocorre na espécie, tendo em conta o teor do que veiculado pelo paciente e o estágio da ação. Há de se aguardar a manifestação da Procuradoria Geral da República e o crivo do Colegiado. 3. Indefiro a medida acauteladora. 4. Remetam este habeas à Procuradoria Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 4 de agosto de 2006. Ministro MARÇO AURÉLIO Relator. (STF - HC: 89244 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/08/2006, Data de Publicação: DJ 15/08/2006 PP-00027) (BRASIL, 2006).

órgãos de controle estatal no caso, como a polícia e o próprio Ministério Público (SANTOS, 2016).

Além disso, outra problemática decorrente da criminalização dos ritmos periféricos é a arbitrariedade policial, que devido a estigmatização dos indivíduos que se identificam com tais músicas, acabam ensejando o abuso de autoridade por parte de alguns agentes de controle, conforme aduz o seguinte Acórdão exemplificado na dissertação de mestrado de Cymrot (2011):

0039445-16.2006.8.19.0000 (2006.059.06389) - HABEAS CORPUS DES. ELIZABETH GREGORY - Julgamento: 21/11/2006 - SETIMA CAMARA CRIMINAL

Pacientes denunciados por infração comportamental ao artigo 242, § 2o, inciso II, com a agravante do artigo 70, II, letras g e l, do Código Penal Militar (roubo simples com concurso de agentes, com abuso de poder e estando em serviço), objetiva através do presente writ seja concedida sua liberdade provisória, ao argumento de ser primário, bons antecedentes, atividade laborativa regular, policiais militares que são, bem com residência fixa no distrito da culpa. O decreto de prisão preventiva se baseia no fato de terem as vítimas se dirigido diretamente ao Comando do Batalhão de Policiamento em Vias Especiais, BPVE, e ali denunciado que foram roubados pelos ora pacientes, a quantia de R\$ 340,00, ao terem os mesmos parado seu veículo, utilitário de transporte coletivo, com 15 passageiros, em plena Av. Brasil, ao argumento de que estariam ouvindo música de apologia ao crime. Determinaram os pacientes que as vítimas os acompanhassem a Delegacia de Policia mais próxima para registro da ocorrência, sendo certo que no meio do caminho interromperam a trajetória subtraindo das vítimas e passageiros a quantia acima citada. Ressalte-se que foi encontrada com os pacientes a referida quantia, sendo certo que também foram reconhecidos pelas vítimas, quando afirmaram que os pacientes haviam anotado seus dados pessoais, com o intuito de coagi-los a não denunciar tal prática.

Ademais, outras acusações de apologia ao crime de artistas dessa vertente musical chegaram ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme exemplifica Cymrot (2011):

0036151-53.2006.8.19.0000 (2006.059.05364) - HABEAS CORPUS DES. MOTTA MORAES - Julgamento: 07/11/2006 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL

Sem maiores aprofundamentos dúvidas não se tem pelo teor da letra da música, que no procedimento original tem a qualificação típica de ser apologética, que seu conteúdo contempla situações e afirmativas que não merecem, por impedimento legal, enfrentamento nesta oportunidade. Sabido é que isto é ressaltado no acórdão atacado sobre a existência de presença de indícios de ser a música usada, no caso a de autoria do paciente, como de propaganda de atividade criminosa. Em certos trechos da composição vêem-se referências que justificam a deflagração do procedimento criminal e, nesta instância, o indeferimento do pleito formulado na inicial deste writ.

0037366-64.2006.8.19.0000 (2006.059.03837) - HABEAS CORPUS DES. ALEXANDRE H. VARELLA - Julgamento: 01/08/2006 - SÉTIMA CAMARA CRIMINAL

A autoridade coatora esclareceu que a prisão preventiva foi decretada pela gravidade do delito, equiparados a crime hediondo, tendo sido acolhidos os argumentos

ministeriais, visando a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal (...) Segundo informações prestadas pela autoridade dita coatora, o paciente, vulgo “Colibri” ou “MC Colibri”, foi denunciado por contribuir para incentivar e difundir o uso indevido de substância (sic) entorpecentes, se valendo de suas músicas para enaltecer a facção criminosa conhecida por Terceiro Comando Puro (TCP), alardeando sua superioridade em relação às demais. Quanto à manutenção da prisão do paciente, esta é imprescindível, pois, como esclareceu o douto magistrado foram acolhidos os argumentos da ilustre Promotora de Justiça, a qual fundamentou que a medida tinha: “o propósito de fazer cessar a conduta nefasta do denunciado, traduzida em uma cantoria que, a par de chula, parece ter o único propósito de levar os seus ouvintes a crer na superioridade de determinada facção criminosa, organização essa cuja grande finalidade é destruir, via consumo de substância entorpecente, a vida e a felicidade de cidadãos e de suas respectivas famílias. Segregado o denunciado, estará a sociedade ganhando novo fôlego na sua árdua caminhada de ver-se livre de um dos grandes flagelos dos dias de hoje que é consumo desenfreado de substâncias que determinam dependência”.

Portanto, fica evidenciado a partir da análise desses processos a linha tênue existente entre a apologia ao crime e o retrato da realidade desses artistas periféricos, onde estão presentes as facções criminosas, a brutalidade policial e os demais problemas abordados nas letras. Cymrot (2011) exemplifica tal embate ao expor a música “Cachorro”, do cantor Betinho, que denuncia a corrupção policial existente na favela e foi acusada de apologia ao crime, tendo sido o artista assassinado em uma operação policial na favela de Acari. Tal música continha versos como: “- E aí cidadão, e o arrego? -Qual é, chefia, de novo? Porra, abalô... - Com esse salário tá brabo né... - Hã... Que din-din? Então vende um X9 pra mim!”, onde retratava um suposto diálogo entre a autoridade policial e um morador da favela.

O rapper MV Bill, em 2001, também foi acusado pelo crime de apologia ao crime devido a música “Soldado do Morro”, sendo intimado a prestar depoimento na Delegacia de Repressão a Entorpecentes (DRE), no Rio, tendo que explicar o motivo da aparição de crianças armadas e traficantes encapuzados com metralhadoras nas mãos (CYMROT, 2011). Logo, é nítido que as obras abarcadas por esse gênero retratam uma dura realidade que, somente de escutarem sobre, incomodam outras camadas da sociedade, inclusive os operadores do direito, se questionando o por quê de não tentar combater a realidade denunciada ao invés de combater a arte que a descreve.

4.3.1 O caso das músicas “tapinha” e “tapa na cara”

Outro caso que teve repercussão foi o das músicas “tapinha e “tapa na cara”, lançadas pela Gravadora Sony Music e Furacão 2000, que foram processadas pelo MPF juntamente com a Organização Não-Governamental THEMIS em 2003, mediante a ação civil nº

2003.71.00.001233-0 sob o argumento de que as letras eram discriminatórias e ofendiam a dignidade da mulher, legitimando a violência de gênero (ZAMPIERI, 2016).

No âmbito do primeiro grau, o Juiz Federal Adriano Vitalino dos Santos julgou o pedido parcialmente procedente por entender que a música, no trecho “um tapinha não dói” configura dano moral passível de indenização, visto que não há o consentimento da figura feminina, o que constitui injúria real, que é tipificada como ilícito penal (ZAMPIERI, 2016). Ou seja, para o magistrado, estaria sendo ultrapassado os limites da liberdade artística:

Desse modo, a condenação à indenização pelo dano moral coletivo é medida que se impõe, uma vez que a Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda., ao divulgar o produto musical, não efetuou a devida análise do conteúdo da letra que, no caso, excedeu os limites impostos pelo fim social e pelos valores éticos e sociais da pessoa e da família à livre manifestação da atividade intelectual, artística e de comunicação. (TRF4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.71.00.001233-0/RS, Juiz Federal Substituto ADRIANO VITALINO DOS SANTOS, julgado em 19/02/2008, Dje 28/02/2008, trecho retirado da íntegra da decisão)

Assim, com a condenação ao pagamento de R\$500.000 reais pelos danos morais causados, as rés interpuseram apelação em que os Desembargadores, sob a relatoria do Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, decidiram que nenhuma das gravadoras seriam condenadas:

Tal julgamento foi baseado nas seguintes premissas: a) não há provas de que as músicas incitam a violência, b) os princípios não podem ser analisados em abstrato, c) a análise deve abranger o contexto social no qual as músicas estão inseridas, d) é livre a manifestação artística e o exercício de atividade econômica lícita e, por fim e) a liberdade de expressão contribui para a democracia e para o conhecimento (ZAMPIERI, 2016, p. 19).

Na decisão, os Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região destacaram a importância de resguardar a garantia da liberdade de expressão como caráter e instrumento fundamental da democracia, e a necessidade de interpretar cada manifestação cultural analisando as circunstâncias que estão inseridas, fazendo com que uma censura a uma determinada música acarrete, por consequência, em uma censura às expressões culturais dessa camada social. Vejamos:

A liberdade de expressão, em todas suas formas inclusive de manifestação de pensamento, de produção cultural, de produção artística, é ao mesmo tempo um meio e um fim. É meio porque seu exercício permite que as pessoas possam melhorar governos e corrigir a gestão pública das questões importantes da sociedade. Mas essa liberdade de se expressar também é fim a que toda sociedade que se quer justa e digna deve aspirar alcançar, justamente porque é a liberdade de expressão que permite ao ser humano, homens e mulheres, encontrar seu lugar no mundo, mostrar-se ao mundo, ensinar e aprender com os outros. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº

0001233-21.2003.404.7100/RS, Des. Rel. CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, julgado em 02/07/2013, Dje 10/07/2013, ementa do acórdão)

No entanto, a decisão não foi unânime, o que possibilitou aos autores opor os embargos infringentes nº 0001233- 24 21.2003.4.04.7100/RS²², recurso ainda previsto no ordenamento jurídico brasileiro naquele momento, o qual a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por voto de desempate, dar provimento integral ao recurso para o fim de condenar ambas as gravadoras ao pagamento de indenização por danos morais difusos às mulheres, no valor de R\$ 500.000,00 (ZAMPIERI, 2016).

Dentre os fundamentos da decisão, destacam-se o entendimento de que as músicas incitam a violência, retratam a mulher em posição de inferioridade e não possui utilidade social, conforme expressam os posicionamentos retirados dos votos que se referem ao caso:

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

Em sentido semelhante, outro trecho dos votos aborda sobre a incitação a violência presente nas letras:

Não vislumbro nas músicas Tapa na Cara e Tapinha apenas sons de gosto popular ou duvidoso, narrativas de relações privadas íntimas ou manifestações artísticas sobre o prazer masoquista. No caso, há incitação à violência de gênero ou aval a tal conduta, porque incute nas crianças e adolescentes a idéia de que não é "tão errado" bater, pois o comportamento estaria justificado pelo fato de que mulher "gosta de sofrer", traduzindo uma visão preconceituosa da imagem da mulher e de seu papel social.

²² CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER À DIGNIDADE, À HONRA E À IMAGEM. LETRA DA MÚSICA "TAPINHA". LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA. LIMITES. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. DANO MORAL DIFUSO. RESPONSABILIDADE. 1. Não cabe ao Judiciário decidir o que é e o que não é cultura, nem tampouco exercer controle de conteúdo ou qualidade de músicas criadas e reproduzidas no nosso meio cultural, mas, sim, aferir se há ou não abuso no exercício da liberdade de expressão artística, em face de outros direitos igualmente fundamentais. 2. Da mesma forma, não há direitos fundamentais absolutos, ou mesmo autorização para o cometimento de abuso no exercício de liberdades constitucionais ou apologia a comportamentos ilícitos em manifestações populares. [...] 9. É desnecessária a produção de provas para comprovar que a música é discriminatória. Não é caso de se esmiuçar fatos. O dano moral é, no caso, presumido. Não importa se a menina se sente ou não ofendida, mas a mensagem que é veiculada na sociedade, e, no caso, esta mensagem é nefasta. O dano é difuso. [...] A música já foi usada para toldar a realidade, em campos de concentração, para estimular o aprendizado em letras, contendo o alfabeto, ou por exércitos em canções patrióticas que dão ânimo aos lutadores. Não há necessidade de demonstrar o poder que a música tem. (TRF-4 - EINF: 12332120034047100 RS 0001233-21.2003.4.04.7100, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 15/10/2015, SEGUNDA SEÇÃO)

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

Além disso, ao determinar a ausência de utilidade social da música, pautada em uma ponderação de princípios constitucionais entre a prevalência da proteção à mulher perante o direito à liberdade de expressão, não restaria caracterizado a censura, conforme podemos aludir do trecho:

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

Portanto, fica evidenciado que a decisão tentou interpretar a arte, embora ela não precise ter nenhum compromisso com a verdade. Ao afirmarem que colocam a mulher em posição de inferioridade e incitam a violência, descartam o caráter subjetivo da obra, que também poderia ser interpretada como autonomia sexual feminina, além de não cumprirem os requisitos formais do crime de incitação à violência, ou seja, não preenchendo as características dos atos diretivos (ZAMPIERI, 2016).

Além disso, não se pode exigir que uma música tenha qualquer utilidade social, observado os princípios que regem a liberdade de expressão, demonstrando somente uma avaliação subjetiva dos operadores do direito acerca dessa manifestação cultural, e que esse tipo de conduta estatal criminalizadora é histórica e socialmente comum. Desse modo, percebe-se na decisão um desacordo com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro atual, uma vez que restringem a expressão e criação artística, ferindo a difusão das manifestações culturais (ZAMPIERI, 2016)

4.3.2 Problemática atual: o caso do MC Maneirinho e MC Cabelinho

O artista MC Maneirinho, em novembro de 2020, teve que prestar depoimento na Delegacia de Combate às Drogas (DCOD) no Rio de Janeiro, devido a uma acusação de eventual prática de apologia ao crime em suas letras, após uma notícia-crime apresentada pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (TEIXEIRA, 2020).

Devido a mesma letra e participação na música, o MC Cabelinho também foi intimado a depor na mesma investigação na qual foi intimado o MC Maneirinho. O artista, que também trabalhou como ator na Globo, questionou a politização da denúncia e os interesses do Deputado que denunciou, também evidenciando que suas letras apenas retratam a realidade em que cresceu na favela, conforme em entrevista dada ao G1:

Eu sou nascido e criado onde via da janela boca de fumo, tráfico, correria. Não tem como mudar o contexto. Não tem como falar de coisa bonita, se moro em comunidade, não vou falar da patricinha que anda com o cachorrinho na orla de Copacabana (ORTEGA, 2020, online).

Recentemente, em agosto de 2021, o MC teve o caso da suposta apologia ao crime arquivado, e expôs a necessidade de expressar a realidade em que cresceu nas suas músicas, demonstrando também o medo que sentiu durante o processo e o quanto atrapalhou o seu trabalho. O caso é oriundo de uma notícia-crime registrada pelo Deputado Rodrigo Amorim (PSL) relacionada a música “Migué”. Entretanto, a juíza Maria Tereza Donatti, atendendo ao pedido do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), decidiu por encerrar o processo (RODRIGUES, 2021).

Tal caso reflete o entendimento de que a discussão a respeito da criminalização da cultura periférica ainda não está exaurida. Embora as decisões judiciais indiquem a não condenação pelo crime de apologia, não se tem discutido a legitimidade dessas manifestações culturais, se limitando a analisar a questão formal e conceitual do delito restar configurado ou não (SANTOS, 2016).

Há, tanto no discurso jornalístico quando no discurso jurídico, uma associação do funk e do baile funk com condutas criminosas, tais como tráfico de drogas, lesão corporal, homicídio, apologia ao crime e corrupção de menores, e com figuras contravencionais referentes à paz pública e à polícia de costumes. Por outro lado, em razão da mídia, dos Poderes Políticos, da Academia e das classes sociais não serem homogêneas, há concomitantemente um discurso que reconhece o funk e o baile funk como manifestações culturais dignas de proteção (CYMROT, 2011, p. 196).

Portanto, o reconhecimento das manifestações culturais periféricas ocorre ao mesmo tempo em que ainda existe uma resistência social e política, que insiste em associá-las com práticas criminosas, como evidenciado no caso do MC Maneirinho mencionado acima, em que um Deputado, utilizando-se dos órgãos de controle estatal, objetivou reprimir uma música que não colocava em risco nenhum bem jurídico relevante para a sociedade, demonstrando uma seletividade na aplicação do delito quando se trata de produção musical e ferindo o

caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal Mínimo, em uma clara inobservância, pois, aos princípios que regem o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise apresentada, constata-se que o tipo penal de apologia de crime ou criminoso, criado inicialmente no período do Estado Novo, em um contexto em que se buscava um fortalecimento da figura estatal atuando como ditador dos caminhos a seguir, reforça a ideia de que a abstração existente no bem jurídico tutelado, a paz pública, não é casualidade, uma vez que o Estado objetivava manter o controle social por meio da repressão penal. Dessa forma, buscou legitimar suas ações criminalizando os agentes considerados inimigos do Estado, tipificando condutas de forma não objetiva e permitindo a existência de delitos materialmente político-sociais.

Assim, sob o pretexto de proteção a uma suposta paz pública, instituído em um panorama de fragilidade na limitação da atuação estatal, fica demonstrado não só que a abstração existente no delito de apologia de crime ou criminoso vai de encontro com o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal e, conseqüentemente, com os ditames constitucionais estabelecidos na Constituição de 1988, mas também que o delito possui uma linguagem censuradora, principalmente quando analisado sua aplicação referente às produções musicais, criminalizando frequentemente as expressões culturais periféricas, o que evidencia uma clara seletividade penal.

Portanto, embora o princípio da liberdade de expressão não seja uma garantia absoluta, ter no crime de apologia de crime um limitador não é o ideal. Quando nos referimos ao seu enquadramento nas manifestações culturais periféricas, é necessário compreender as circunstâncias complexas que envolvem a problemática, levando em consideração os fatores sociais e políticos que os artistas de gêneros como o *rap* e o *funk* estão inseridos, visto que a maioria são oriundos de favelas e possuem como característica artística a retratação da realidade vivenciada. Logo, é necessário que os operadores do direito assegurem o caráter extraordinário da limitação da garantia à liberdade de expressão, posto está intimamente ligada ao próprio regime democrático, exigindo uma interpretação mais garantista e restritiva do delito de apologia de crime, evitando com que ocorra a criminalização da simples manifestação de pensamento.

Ademais, verifica-se a partir dos estudos das teorias criminológicas do Labelling Approach e da Teoria Crítica, que ocorre uma associação do *funk* e do *rap* com condutas criminosas, que foi sendo legitimada no processo de criminalização legal sofrida por esses gêneros musicais ao longo dos anos, atuando o Estado como agente ativo nesse processo. Dessa forma, ocorreu um processo de estigmatização dos grupos sociais que se identificavam

com tais gêneros, sendo rotulados como possíveis agentes criminosos e fazendo surgir uma espécie de subcultura delinquente.

A partir da Teoria Crítica, que estabelece o sistema capitalista, a exploração econômica e a opressão política de classe como base da criminalidade, é possível identificar no Direito Penal uma seletividade na criminalização primária e secundária, evidenciado não só nas escolhas dos bens jurídicos que serão considerados relevantes, mas também na repressão dos órgãos de controle estatal, atuando de maneira mais incisiva e severa nos grupos sociais pertencentes às manifestações culturais periféricas. Sendo assim, embora tenha ocorrido o reconhecimento do funk como movimento cultural popular recentemente, não houve a mesma constatação no âmbito prático, principalmente por essas manifestações possuírem um caráter de confronto ao *status quo* social, expondo assuntos como o racismo, a criminalidade e a violência policial.

Além disso, outro ponto que demonstra a utilização do aparato de segurança estatal como ferramenta de criminalização dessas expressões culturais e do segmento social que se identifica com elas, é a diferença de tratamento existente quando comparado com outros gêneros musicais que abordam temáticas semelhantes, como o *rock* e a própria MPB, exemplificados nas músicas “Haiti” cantada por Caetano Veloso e Gilberto Gil, onde denunciam a violência policial, e na música “Geni y El Zepelin”, de Chico Buarque, não havendo os mesmos questionamentos que ocorrem nas músicas de *funk* e *rap*. Nem sequer se pode tentar justificar a repressão pautado em um discurso de guerra às drogas, sob o pretexto de que nos ambientes frequentados pelo público da periferia ocorrem crimes de tráficos de drogas, apologia ao crime ou corrupção de menores, posto que circunstâncias semelhantes ocorrem também nos eventos em boates frequentados pelos jovens pertencentes às classes média e alta, não havendo a mesma restrição.

Portanto, casos recentes como o do MC Maneirinho e do MC Cabelinho, refletem uma extensão do papel do Direito Penal, que teoricamente deveria ser usado como *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos mais importantes, esbarrando numa função de controle das classes baixas, baseado na proteção de uma suposta paz pública, e demonstram um desvio da função de determinados agentes de controle estatal, como a notícia-crime registrada pelo Deputado em questão, evidenciando uma utilização irrestrita do instrumento jurídico mais extremo disponível para o Estado, que deve ter como finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana, que é o princípio norteador dos Estados Democráticos de Direito contemporâneo. Evidenciam também a necessidade de discussão acerca da legitimidade dessas manifestações

culturais, ainda que as decisões judiciais tenham indicado a não condenação pelo crime de apologia.

Dessa forma, conclui-se que as políticas públicas estatais devem ser direcionadas a tentar combater a realidade denunciada ao invés de combater a arte que a descreve. Tendo como base que os artistas se inspiram na realidade que estão inseridos, escrevendo letras que constam, por exemplo, a violência policial, a presença de facções criminosas e o tráfico de drogas, faz mais sentido conduzir seus esforços a fim de eliminar ou reduzir tais problemáticas descritas. Numa clara alusão aos aportes teóricos da Teoria Crítica, é necessário fornecer condições ideais de qualidade de vida, diminuindo as desigualdades sociais e exploração econômica existentes, e evitando com que organismos, como as facções criminosas, tenham espaço para atuar na falta do Estado, responsabilizando também os agentes estatais que pratiquem atos de violência policial. Outro ponto corresponde ao caráter jurídico da problemática, visto que embora as decisões judiciais venham indicando a não condenação pelo crime de apologia de crime ou criminoso, tal prática pode acarretar uma insegurança jurídica e indevida interferência do Poder Judiciário, cabendo ao Poder Legislativo objetivar as condutas criminosas que o delito visa proibir, resolvendo a problemática em abstrato e protegendo a liberdade artística dos indivíduos. Ou seja, é preciso reconhecer, além do âmbito formal, o *funk* e o *rap* como manifestações culturais legítimas do nosso povo, e resguardar o princípio da liberdade de expressão dos cidadãos, posto o destaque que tal direito possui em nossa ordem constitucional, principalmente nas expressões culturais que possuem o caráter de denúncia, de protesto, de crítica e de discordância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jéssica Bragio et al. **Funk: o grito esguechado do morro por liberdade**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/320>>. Acesso em: 3 jul. 2021

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do Labelling Approach e as medidas socioeducativas**. 2010. 251 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde->>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Revista Doutrina Penal, p. 10-40. 2003.

BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. **Revista dos Tribunais**, p. 48-52, 1997.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, DF, 15 de Junho de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 102, 19 mai. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Paciente: SIEGFRIED ELLWANGER. Impetrante: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio Grande do Sul, RS, 19 de Março de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 54, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89244. Paciente: FRANK BAPTISTA RAMOS. Impetrante: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO(A/S). Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, RJ, 2 de Agosto de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 167, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389095>>. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 988601. Paciente(s): Mauro Martinelli Maciel e Carlos Alberto da Costa Amorim. Impetrante(s): Alessandro Kalckmann e Fernanda Kalckmann. Relator: Ministro Dias Toffoli. Santa Catarina, SC, 16 de Setembro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 211, 4 out. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5031571>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **EMBARGOS INFRINGENTES nº 0001233-21.2003.404.7100 RS 0001233-21.2003.404.7100. Rio Grande do Sul**. Embargante: Furção 2000 produções artísticas LTDA. Embargado: Acórdão de Folhas. Relatora: Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. 11 abril. 2016. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382743077/embargos-infringentes-einf-12332120034047100-rs-0001233-2120034047100/inteiro-teor-382743123>>. Acesso em: 10 ago. 2021..

CAPELATO, Maria Helena. **REPENSANDO o Estado Novo**. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 345 p

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de; BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga. APONTAMENTOS SOBRE O USO DA FOTOGRAFIA PELA POLÍCIA POLÍTICA NO ESTADO NOVO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 446-475, 28 jun. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422734>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22734/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CAVALCANTE, Manuela Moutinho. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 287 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **FIBRA Lex**, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://fibrapara.edu.br/periodicos/index.php/fibralex/article/view/57>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. **A Era Vargas**: dos anos 20 a 1945. 2020a. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. **A Era Vargas: dos anos 20 a 1945.** 2020b. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. Fundação Getúlio Vargas. **A Era Vargas: dos anos 20 a 1945.** 2020c. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/EducacaoCulturaPropaganda/DIP>>. Acesso em: 23 jun. 2021

COELHO, M. V. F. **Liv DIG - Criminologia do Preconceito Liv DIG - Criminologia do Preconceito.** São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral (arts. 1 ao 120). 4 ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

CYMROT, Danilo. **A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica.** 2011. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-26082016-134709/en.php>>. Acesso em: 28 jun. 2021

ESTEFAM, A. **Direito penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía dei derecho.** Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000 (Série de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 15).

FILHO, N. S. P. **Manual esquemático de criminologia.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 143-165, 31 mar. 2015. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/8/19>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GOMES, Christiano Leonardo Gonzaga. **Manual de criminologia.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal** - parte especial - arts. 184 a 359-H. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral (arts. 1o a 120 do cp). 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009b.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1o a 120 do cp) - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HERSCHMANN, Micael. **O Funk e o Hip Hop Invadem a Cena**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2000.

HUMANOS, Convenção Americana de Direitos. Pacto de San José de Costa Rica. **OEA, San José De Costa Rica**, v. 22, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez . A liberdade de expressão e de imprensa na jurisprudência do supremo tribunal federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

ORTEGA, Rodrigo. **MC Cabelinho é intimado a depor e nega apologia ao crime: 'Não falo nada além da realidade'**. Pop & Arte. Disponível em <<https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2020/10/29/mc-cabelinho-e-intimado-a-depor-e-nega-apologia-ao-crime-nao-falo-nada-alem-da-realidade.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2021

PAULINO, Fernando Oliveira; PINTO, Jeronimo Calorio. **Direito à comunicação, liberdade de expressão e marcha da maconha**. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31588>>. Acesso em: 27 Jun. 2021.

PIMENTEL, Natanael Simão. **Análise da tipificação de contravenções penais à luz dos princípios do direito penal mínimo**. 2020. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/5511>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

PRADO, Daniel Nicory do. **Literatura e apologia ao crime: uma abordagem hermenêutica**. 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_nicory_do_prado2.pdf>. Acesso em: 27 Jun. 2021.

RODRIGUES, Matheus. **'Primeiro sentimento é de liberdade', diz MC Maneirinho após ter caso de apologia ao crime arquivado**. G1 Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/17/primeiro-sentimento-e-de-liberdade-diz-mc-maneirinho-apos-ter-caso-de-apologia-ao-crime-arquivado.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2021

RÜTHER, Werner. **La criminalidad (o el "delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento)**. *Nuevo Foro Penal*. Disponível em:<<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4529>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

SANTOS, Maristela Barbosa. Cultura da periferia e o olhar do Poder Judiciário: a questão da apologia ao crime. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades**, n. 238, p. 627-640, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. Artigo Periódico. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 18, n. 3, p. 637-660, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11318>>. Acesso em: 28 jun. 2021

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SILVEIRA, Rodrigo Deamici da. **Samba e funk proibidão: tentativas de diálogo da criminologia com as manifestações culturais periféricas**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Rio Grande, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/7463>>. Acesso em: 3 jul. 2021

TEIXEIRA, Patrícia. **MC Maneirinho presta depoimento à polícia e diz: 'denúncia só fez com que os policiais perdessem tempo'**. G1 Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/11/05/mc-maneirinho-presta-depoimento-a-policia-e-diz-denuncia-so-fez-com-que-os-policiais-perdessem-tempo.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. 448 p.

VIANNA, Túlio Lima. **O crime de apologia como instrumento de censura**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22684>> Publicado em 09/2012. Elaborado em 05/2011. Acesso em: 24 jun. 2021.

ZAMPIERI, Juliana Maria Mota. **Um tapinha que pode custar caro à liberdade de expressão**. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171748>>. Acesso em: 7 ago. 2021.