

CULTURA DA PERIFERIA E O OLHAR DO PODER JUDICIÁRIO: A QUESTÃO DA APOLOGIA AO CRIME

PERIPHERY'S CULTURE AND JUDICIARY: THE QUESTION OF APOLOGY TO CRIME

Resumo

Este trabalho busca analisar a forma como o Poder Judiciário tem tratado as expressões culturais associadas à população dos bairros periféricos, tomando como referencial o delito de apologia ao crime. Considerando os pressupostos da criminologia cultural de Ferrell, segundo a qual os movimentos de resistência ao consumismo, individualismo e padronização da sociedade na modernidade tardia são comumente inseridos no âmbito da ilicitude e considerando a existência, na legislação penal pátria, de crimes que podem ser utilizados no processo de criminalização secundária como verdadeiros instrumentos de censura, o trabalho busca perceber como o Poder Judiciário tem se portado na aplicação da legislação penal, para o que toma como recorte a produção cultural ligada à cultura de periferia, considerando, em especial, os fatores subjacentes à atividade das instituições oficiais

de controle social, mais particularmente o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Criminologia Cultural. Poder Judiciário. Apologia ao Crime.

Maristela Barbosa Santos

Doutoranda em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Especialista em Direito Público pela UNIFACS e em Gestão Estratégica em Segurança Pública pela UNEB, integrante do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Violências, Democracia, Controle Social e Cidadania UCSAL/CNPq. Procuradora do Estado da Bahia e Professora de Direito Penal no Centro Universitário da Bahia Estácio/FIB. Email: maricicerelli@gmail.com

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a criminologia modificou seu enfoque para abandonar a ideia de que o criminoso é um indivíduo de comportamento desviado ou patológico, a fim de transformar seu objeto científico, voltando seu olhar para o processo de criminalização.

Assim, a criminologia crítica busca verificar os processos sociais que determinam que uma conduta deve receber o status de criminoso (criminalização primária), mas, também, verificando a forma de atuação das instituições responsáveis pelo controle penal (criminalização secundária).

Tendo como base a criminologia cultural de Ferrell, o presente trabalho buscou analisar o processo de criminalização secundária das expressões culturais associadas à periferia, para tanto elegeu como vetor de condução o delito de apologia ao crime.

A escolha do delito de apologia ao crime decorreu da existência de notícias na mídia sobre o enquadramento de produções musicais no referido delito, bem como em face da reconhecida deficiência dogmática do delito, o que, inclusive, justifica a baixa incidência da ocorrência do mesmo. Desta forma, sendo um delito de menor potencial ofensivo e de pouco uso, surgiu, então, o questionamento sobre quais seriam os fatores sociais subjacentes que levariam as instituições de controle a eleger condutas para subsumi-las à referida previsão legislativa?

Considerando que o presente artigo se trata da abordagem inicial de projeto de pesquisa, para fins de sua construção, a aproximação do objeto de pesquisa ocorreu inicialmente com uma pesquisa exploratória no banco de jurisprudência dos sites dos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF, procurando verificar os julgados sobre o delito de apologia ao crime, separando aqueles que tinham produção musical por objeto.

Em seguida, foi analisada a decisão e fundamentação dos julgamentos dos processos para verificar qual o fato social subjacente ao processo criminal, bem como qual foi o enfrentamento feito pelo Poder Judiciário ao referido fato.

O objetivo foi verificar como a seletividade do Direito Penal se volta para criminalizar comportamentos associados à identidade da população de periferia, inclusive no aspecto da produção cultural, utilizada como forma de resistência e denúncia da situação de vulnerabilidade social a que é submetida esta população.

DO DELITO DE APOLOGIA AO CRIME E SEUS PROBLEMAS

A perspectiva de que a sociedade não é um todo uniforme, mas sim, um composto heterogêneo marcado pelos conflitos de interesses, não só na luta de classes do marxismo, mas também nas diversas identidades surgidas na pós-modernidade, como as questões de gênero, raça, orientação sexual, entre outras, faz com que a intervenção estatal tenha que ser vista como maior cautela, em especial, em sua face mais rigorosa que é o sistema penal.

Como nos alerta Carvalho (2013), a criminologia crítica rompe com a lógica positivista de separação dos campos científicos, permitindo que os fenômenos da vida sirvam como base de reflexão no campo normativo.

A criminologia crítica operou, portanto, uma espécie de revogação ou suspensão da *Lei de Hume*, permitindo que o saber empírico sobre o funcionamento do sistema penal servisse como instrumento de desconstrução, de modificação e de transposição do saber dogmático. (CARVALHO, 2013, p. 146)

A criminologia crítica, com base nesse legado, vai estudar as formas estruturais e institucionais de reprodução da violência, estabelecendo “*a pena como uma manifestação concreta do poder punitivo no marco de sociedades conflitivas e heterogêneas*”. (CARVALHO, 2013, p. 155)

A dogmática penal é enfática em apresentar o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, em razão disso, é apresentada uma série de princípios que servem não só de norte, mas também de limite à atuação do Estado.

Muito embora a corrente do Direito Penal Mínimo ou Garantismo tenha ganhado força nos discursos acadêmicos, observa-se que o Direito Penal continua em expansão com os constantes reclamos pela edição de novos tipos penais e/ou pelo recrudescimento do tratamento de determinados delitos.

Neste contexto, observamos que o Código Penal Brasileiro em vigor prevê, em seu artigo 287, o delito de apologia ao crime, respectivamente:

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Conforme bem destaca Vianna:

Muito embora o delito de apologia ao crime não possua relevância estatística para análise de índice de criminalidade pelo baixo grau de ocorrências, nem se possa dizer que contribui para o fenômeno da superpopulação carcerária, tendo em vista que a pena a ele cominada se insere no âmbito dos delitos de menor potencial ofensivo e, portanto, sujeitos a penas alternativas, não se pode negar que a sua existência possui alguma intencionalidade. (VIANNA, 2011)

A própria tipificação da apologia ao crime é de natureza duvidosa. Classifica-se doutrinariamente como crime de perigo abstrato, sobre os quais reside controvérsia derredor da constitucionalidade¹.

Inobstante isso, o tipo penal em si possui graves dificuldades de legitimação. Em que a doutrinária majoritária tenha se limitado a definir que o delito ocorre quando há exposição pública para um número indistinto de pessoas, configurando-se em incitação indireta, e fixado que deve se referir a fatos concretos, portanto já ocorridos, e não a fatos, constituindo ofensa à paz pública, uma análise deste, à luz do direito constitucional de liberdade de expressão, faz contestar a própria possibilidade de tal existência, sob pena de configurar-se verdadeiro instrumento de censura.

Questões inúmeras podem ser suscitadas: qual a lesividade existente em mera divulgação de pensamento? Qual o real prejuízo para a paz pública? Em que medida tais comportamentos são efetivamente capazes de incentivar a ocorrência de novos delitos? Neste sentido, alerta Bitencourt:

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, 2015, p. 436/437)

Não fosse suficiente este quadro, a atuação dos operadores do Direito também tem contribuído para o reforço do sistema penal em seus moldes mais tradicionais. O processo de criminalização secundária, ou seja, a forma como as instituições do sistema penal interpretam e aplicam as normas também contribui para o encarceramento.

¹ Crimes de perigo abstrato caracterizam-se por não oferecem lesão ao bem jurídico, mas apenas perigo de lesão, e perigo este que não precisa ser comprovado, daí o entendimento de ofenderem os princípios da lesividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

Ocorre que, entre o discurso dogmático e a atuação dos operadores, tem-se verificado um distanciamento. Os postulados do Direito Penal mínimo parecem ruir diante da forma como os operadores do Direito vêm atuando.

O chamado processo de criminalização secundária tem sido violador dos próprios princípios de sustentação do sistema, de forma que o discurso do garantismo e do Direito Penal mínimo torna-se ineficaz diante de uma perspectiva de aplicação da lei sob a ótica de uma política criminal de lei e ordem.

Eis que tal delito volta a figurar nos meios de comunicação, desta feita dirigida à produção musical, em especial ao funk e ao rap, ritmos relacionados às periferias das grandes cidades.

Sobre esta realidade brasileira destaca Dall'acqua que:

Quando falamos da criminalização do rap não estamos falando da criminalização de um estilo musical, mas de toda uma população que se identifica com esse estilo musical – a população negra, pobre, jovem e favelada, historicamente criminalizada. (Cymrot, 2012)

As manifestações culturais afro-brasileiras na nossa história sempre receberam um olhar criminalizante, como já foi com a capoeira e o samba, constituindo uma tradição olhar as expressões culturais dos pobres, principalmente dos afro-brasileiros, por um viés criminalizante. (Cymrot, 2012)

Aos olhos de um movimento moralista muito forte na defesa da repressão, qualquer ação por parte do Estado que não seja meramente repressiva é tida como um incentivo à marginalidade, à violência. Sob a acusação de “apologia ao crime” transpõe-se a questão do âmbito da cultura para o da segurança pública, tratando o rap não como expressão cultural e demanda por reconhecimento, mas como um problema a ser resolvido pelo viés da repressão, ideológica e policial. (DALL'ACQUA, 2014)

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.

Todavia, esta análise não pode ser dissociada do momento histórico-social em que vivemos: a modernidade tardia.

CRIMINOLOGIA CULTURAL E CRIMINALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO CULTURAL

Para Ferrell, a pós-modernidade é marcada pelo tédio, conceito que se inicia no século XVIII, mas ganha destaque no século XIX, em face de uma modernidade que traz *“um sujeito isolado em um mundo secularizado e fragmentado, marcado pela perda ou pela incerteza das tradições”* (FERRELL, 2010, p. 343)

O trabalho industrial, que substitui o artesanal, trouxe consigo a padronização, a burocracia, a rotina, entre outros valores, como a divisão entre trabalho intelectual e manual de Taylor, a linha de montagem de Henry Ford e a burocracia de Weber, tudo favorecendo a consolidação da situação de tédio.

Destaca que as escolas da modernidade são centros de treinamento para o tédio e, para os que não se adaptam ao tédio, resta reservado: manicômio, prisão ou centro juvenil, vez que as instituições não se encontram abertas para a diferença, pois:

quando a obediência a regras externas de regulação racionalizada define o sucesso e até mesmo a moralidade, a mesmice se torna uma virtude, a independência do pensamento um problema e os manuais literatura essencial do cânone moderno (FERRELL, 2010, p. 344)

Esse mundo de tédio apresenta como opção a indústria cultural com um *“entretenimento controlado e excitações preconcebidas”*, a qual, todavia, só alimenta *“uma espiral de consumo vazio”* (FERRELL, 2010, p. 345)

Assim, ao que parece, aqueles que se encontram presos sob as ruínas do tédio moderno encontram pequeno alívio no trabalho ou no consumo – em realidade, seu tédio torna-se mais visceral que tudo, mais insuportável que tudo, enquanto promessas não cumpridas de excitação em massa se acumulam, e o *ethos* modernista do trabalho qualificado e da participação democrática torna-se apenas mais um embuste. (FERRELL, 2010 p. 346)

Para esta situação de tédio só restam duas alternativas: desespero existencial ou resistência. Movimentos de resistência inserem elementos de arte em seu trabalho ou protestos como, p. ex., Industrial Workers of the World (os Wobblies), Critical Mass ou Reclaim the Streets, buscando *“quebrar a rotina do tédio diário e reinstaurar no cotidiano a possibilidade do inesperado”*. (FERRELL, 2010, p. 346)

Esses movimentos buscam estabelecer uma revolução destina a combater “a moderna e desumanizadora padronização da experiência e a mercantilização da emoção”, tais ações “são comumente e cada vez mais consideradas ilícitas” (FERRELL, 2010 p. 347)

Da mesma forma que todos os dias o crime e a criminalização atuam como empreendimentos culturais, todos os dias, empreendimentos culturais populares - aquelas atividades sociais organizados em torno de arte, música e moda - são regularmente reformuladas como crime. (FERRELL, 1995)²

Torna-se, importante, então, analisar as razões que levam o sistema penal a agir de tal forma com determinados tipos de expressões artísticas, para o que alerta Cuco que:

Na verdade, o que se tenta fazer com estes modelos crimogênicos construídos sobre arte e música como núcleo desse pânico moral, é desviar a atenção da discussão dos grandes e problemas políticos mais complexos como a desigualdade econômica e étnica e da alienação da população jovem e trabalhadores criativos de instituições de confinamento. Esta idéia de associar a arte e a música ao crime dá uma falsa e demagógica esperança ao público em geral que a insubordinação pode ser banida sem se precisar de reformulação das estruturas de autoridade, quando pelo contrário dá origem a ambos (por um lado, a insubordinação e, por outro, aos empresários moralistas que desejam suprimir a insubordinação). (CUCO, 2015, p. 11)

Na verdade, o que se tenta fazer com estes modelos crimogênicos, construídos sobre arte e música como núcleo desse pânico moral, é desviar a atenção da discussão dos grandes problemas políticos mais complexos como a desigualdade econômica e étnica e da alienação da população jovem e trabalhadores criativos de instituições de confinamento. Esta ideia de associar a arte e a música ao crime dá uma falsa e demagógica esperança ao público em geral de que a insubordinação pode ser banida sem se precisar de reformulação das estruturas de autoridade, quando, pelo contrário, dá origem a ambos (por um lado, à insubordinação e, por outro, aos empresários moralistas que desejam suprimir a insubordinação). (CUCO, 2015, p. 11)

A cultura gerada na periferia é uma forma de expressão dos problemas sociais que ali residem e, por isso, faz com que, em especial os jovens, ali se reconheçam.

Fica claro o caráter do rap de expressão das contradições dadas pela estrutura social. (Fochi, 2007). Nesse sentido, nas últimas três décadas, as mobilizações do movimento negro surgem em resposta aos mecanismos de exclusão social, sendo as manifestações culturais – e

² Tradução livre

também políticas – a alternativa que, por si só, representava um protesto às precárias condições de vida e ao modelo racial vigente.

A periferia deve, então, ser vista não apenas como um local de moradia, mas como um lema de vida capaz de produzir sentidos e significados para o cotidiano de seus moradores, sendo cada manifestação de rap um resultado singular do encontro de elementos da cultura local com informações globais (Novaes, 2006). (DALL'ACQUA, 2014)

Desta forma, a produção cultural constitui-se em um dos muitos aspectos que evidenciam a construção da identidade.

Ferrell (1995), reconhecendo a questão da construção da identidade ao se referir ao simbolismo e estilo das subculturas ou cultura dos outsiders, procura analisar a correlação entre cultura e crime.

Destaca o referido autor que a criminalização das expressões culturais ocorre de forma seletiva, sendo as culturas relacionadas aos outsiders, em regra o alvo do enquadramento como conduta criminoso.

Não surpreendentemente, estas campanhas de criminalização, como as observadas anteriormente, desproporcionalmente atingem minorias étnicas, gays e lésbicas, jovens, e outros outsiders. Certamente, não é por acaso que, historicamente, os usuários de maconha, negros e latinos / Latina zoot suiters e membros de gangues, e moto-boys nos Estados Unidos e Grã-Bretanha têm sido o foco das campanhas de criminalização altamente divulgados; e não é por acaso que, entre todas as variedades de produção artística e musical contemporânea, bandas punk radicais, grupos de rap Preto, e artistas visuais gays são mais agressivamente enquadrados como criminosos. Em todos estes casos, a marginalidade desses grupos - e os estilos audaciosos através do qual eles celebram e confrontam sua marginalidade - ameaça os cuidadores do controle moral e legal.(FERRELL, 1995)³

DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Com efeito, em regra, as sentenças judiciais têm efetivado a absolvição pelo crime de apologia ao crime em face da questão formal de ser ou não a mensagem direcionada a alguém

³ Tradução livre

específico, deixando, portanto, de enfrentar a questão da legitimidade ou não desta forma artística de expressão, bem como sem indagar o porquê de somente encontrarem-se processos deste tipo em relação ao funk ou rap, em especial quando as letras fazem menção à questão das drogas, quer diretamente ao uso, quer em menção a facções relacionadas ao tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.⁴

A seletividade na utilização deste dispositivo aparece quando verificamos, na pesquisa de jurisprudência sobre o delito de apologia quando associada à produção musical, que as ações penais têm recaído sobre os ritmos associados à resistência da periferia⁵.

No HC 89244/RJ, que tramitou no STF, a defesa do acusado, conhecido como Mc Frank, processado em razão da música Bonde do 157, buscou apresentar uma série de outras músicas que também possuem menção a fatos criminosos.

Aludem a precedentes sobre a matéria, mencionando músicas de outros autores e cantores em que há referência à prática delituosa – *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)

Tal argumento sequer restou enfrentado pelo julgador, que indeferiu o habeas corpus para trancamento da ação penal sob o argumento de que não havia risco de se manter a tramitação, devendo, inclusive, em razão do estágio da ação, esperar a manifestação do Ministério Público e a decisão da Turma Recursal, nada dizendo sobre o porquê determinadas músicas são enquadradas no delito e outras não.

Sobre o referido julgamento, Salgado destaca a influência da associação funk e periferia como componente para determinar a atuação do sistema penal de repressão.

Todas as letras escolhidas como precedentes pela defesa, tem em comum não serem funks cariocas. Existe uma centena músicas que poderiam ser agregadas a essa lista para darem respaldo à defesa. Porém, é muito provável que quase todas as letras de música que tivessem referência à um fato criminoso e fossem funks cariocas, seriam encaradas pelo judiciário como apologia ao crime. O ministro não tece maiores considerações sobre a música, porém não deixa de registrar no habeas corpus que ela pertence ao

⁴ Inclusive há sentenças onde a música foi enquadrada como associação ao tráfico e não apenas apologia ao crime.

⁵ Os demais casos de apologia encontrados em pesquisa junto aos tribunais fazem referência à questão do tráfico e uso de drogas.

“ritmo funk”. Ser funk é algo que parece ser importante para o caso, uma vez que esse fato foi registrado. Um outro tipo de música como MPB, samba, pagode, dificilmente seria registrado do mesmo modo. (SALGADO, 2012)

Tais ritmos encontram-se associados, portanto, à população de periferia e, por consequência, à população negra, uma vez que é nos estratos sociais mais baixos que se encontra a maioria desta população. Esta realidade traz à tona a indagação sobre a influência da questão racial na marginalização destes ritmos, uma vez que, como nos ensina Moore, o racismo no século XXI encontra-se associado à questão do acesso aos recursos, inclusive, o cultural.

Nas sociedades atuais, os recursos vitais se definem, em grande medida, em termos de acesso: à educação, aos serviços públicos, aos serviços sociais, ao poder político, ao capital de financiamento, às oportunidades de emprego, às estruturas de lazer, e até ao direito de ser tratado equitativamente pelos tribunais de justiça e as forças incumbidas da manutenção de paz. O racismo veda o acesso a tudo isso, limitando, para alguns, segundo seu fenótipo, as vantagens, benefícios e liberdades ou a sociedade outorga livremente a outros, também em função de seu fenótipo. (MOORE, 2012)

O direito parece querer sempre fugir do enfrentamento da realidade social subjacente à questão, recorrendo a soluções do campo eminentemente formal para encerrar os processos, omitindo-se em reconhecer se tais condutas estão ou não amparadas pelo direito de liberdade de expressão, muito menos em verificar a atuação das polícias e do Ministério Público para o enquadramento no referido tipo.

No HC 192.802/RJ que envolveu a prisão temporária de cinco funkeiros, em razão de inquérito policial que os enquadrrou não só em apologia, mas, também, em associação para o tráfico, a medida liminar que possibilitou a soltura somente foi deferida por entender que, não se tratando de crime hediondo, deveria durar apenas cinco dias e não 30 dias, e estes já haviam passados.

No contraponto desta ótica, ganhou destaque nos noticiários, a sentença proferida pelo juiz da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, no âmbito do processo 0002438-06.2014.8.19.0001, que determinou o arquivamento de denúncia apresentada pelo Ministério Público sobre a suposta ocorrência de apologia ao crime, por se encontrar o autor cantando funk, na modalidade intitulada “proibidão”, em face das seguintes expressões constantes na

música: 'piranha de Camará pode fumando o boldinho'; 'se o playboy botar na Vila vai tomar de para-fal'; 'nós vamos dominar a pedreira, vai virar peneira'; 'vai morrer quem mandou mexer'.

O juiz, tomando por base o julgamento do STF na ADPF 187 sobre as Marchas da Maconha, avança na análise dos aspectos sociais relacionados para reconhecer a atipicidade da conduta, valendo destacar parte de sua fundamentação:

Em toda a sociedade a produção do discurso é simultaneamente controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos'. (Michel Foucault - *A Ordem do Discurso*) . O Brasil, infelizmente, já teve vários 'proibições' - nomenclatura que, na atualidade, designa especificamente determinado estilo do funk carioca surgido nas favelas na década de 90 do século XX, e que se por um lado é jocosa e auto-atribuída pelos autores e intérpretes das composições já como uma crítica antecipada sobre o que pensará a 'elite' branca brasileira a respeito de sua temática, de outro demonstra - quando utilizada a expressão, como aqui, numa denúncia criminal - intuito pejorativo, censor e recriminador, fruto de uma certa vertente de moral e civismo que tem sua semente em regimes autoritários e que ainda cisma em vicejar em (estranhos, como agora) tempos democráticos.

(...)

Agora, tal proibicionismo se volta (ou ao menos é o que se pretende) contra as músicas que nada mais fazem do que simplesmente retratar o diuturno cotidiano das favelas cariocas dominado por extrema e perniciosa violência imposta e gerada pela política de extermínio de 'guerra às drogas' que vigora há décadas no Rio de Janeiro no trato da questão dos entorpecentes (ainda que ao custo de inúmeras mortes de cidadãos inocentes, adolescentes 'infratores', 'criminosos' e agentes da segurança pública, bem como de gravíssimas violações a direitos fundamentais), e que leva os cidadãos habitantes daquelas comunidades a identificar eventualmente os moradores de comunidades vizinhas e a polícia como inimigos a serem combatidos e mortos - já que morte é o que usualmente produzem quando ingressam em 'seus territórios'.

(...)

A tentativa de criminalização dos proibições, com a qual o Poder Judiciário não há de compactuar, tem como ponto de partida justamente a concepção indicada por Foucault na epígrafe desta decisão. Trata-se de uma política de controle da voz dos excluídos, daqueles que não estão inseridos dentro do padrão cultural hegemônico (bonitinho, limpinho...) aceitável pelas majorias. Trata-se, enfim, de uma tentativa de 'pacificação' do discurso dos excluídos - depois de terem invadidos e controlados seus

territórios por Unidades de Polícias Pacificadoras (UPPs), pretende-se o controle de seus corações e mentes, já que 'o funk proibidão representa a redenção de um 'lugar de fala' que deveria permanecer no silêncio'.⁶

A sentença acima procura fugir dos parâmetros da dogmática tradicional. Se a vertente da criminologia crítica defende a necessidade de uma criminologia do Sul, onde possa ser levada em consideração a questão da exploração e dominação vivida na América Latina e África, tenho que a consequência necessária é a reavaliação da dogmática penal, para inserir no seu contexto os mesmos elementos: exploração e dominação. Não é possível ignorar, na aplicação da lei, a realidade social que subjaz aos fatos.

A verdade é que nenhum direito é absoluto, e, assim, também não o é o direito de liberdade de expressão. Momentos há de colisão de princípios constitucionais, situações em que se tem que decidir sobre a legitimidade de determinadas manifestações, mas seria o direito penal o instrumento mais adequado para a solução desses conflitos? E, ainda que consideremos ser o direito penal adequado a estes fatos sociais, como estabelecer os limites de sua atuação?

Certamente, o caminho que o Poder Judiciário vem adotando, tratando os processos em seus aspectos meramente formais, não é hábil para o enfrentamento de tais questões e elas precisam ser enfrentadas, pois, ainda que seja editada lei revogando o delito de apologia, ainda persistirão as mesmas questões em relação à associação ao tráfico. É preciso trazer a complexidade e a interdisciplinaridade, características da modernidade tardia, para desenvolver uma nova dogmática que permita a interpenetração das demais ciências penais para uma construção mais condizente com a sociedade de conflito em que nos encontramos inseridos.

CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou que todos os processos envolvendo apologia ao crime de produção musical encontram-se relacionados a ritmos associados à periferia: funk e rap. Não

⁶Processo Nº 0002438-06.2014.8.19.0001. 37ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.000760-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em 06 de abril de 2016.

foi encontrado nenhum processo nos tribunais superiores com ritmo musical diverso dos dois citados.

Este fenômeno tem maior relevância no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, sendo desta unidade da federação os processos que chegaram aos tribunais superiores.

Considerando que o delito de apologia ao crime é de menor potencial ofensivo, não sendo apto a gerar prisão, foi verificado que as instituições do sistema repressivo estão promovendo o enquadramento da produção musical não mais como apologia ao crime, mas sim, como associação ao tráfico, objetivando o tratamento penal mais severo dos cantores e compositores, a sugerir um estudo específico sobre a inter-relação entre a produção musical e a questão das drogas, que não se encontra entre os objetivos deste trabalho.

Nenhuma das decisões dos tribunais superiores enfrentou as questões sociais subjacentes ao processo, em nenhuma delas foi discutida a antinomia deste delito com o princípio constitucional da liberdade de expressão, nem apresentados os critérios para a escolha daquelas músicas em detrimento de outra. As decisões procuraram extinguir os processos mediante análise de critérios meramente formais, o que implica, implicitamente, a aceitação como válida da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

A inexistência de incriminação de outros ritmos musicais demonstra a seletividade do Direito Penal e reforça o processo de criminalização de uma população já socialmente vulnerabilizada, deixando transparecer o caráter discriminatório de nossa sociedade.

Em que pese o precedente do STF na ADPF 187 sobre as Marchas da Maconha, em regra, o Poder Judiciário tem adotado posição extremamente conservadora e continua a permitir a incriminação de mera expressão de opinião, em que pese tal atitude seja claramente contra os princípios de um Estado democrático de direito e da própria dogmática penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial:** dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALO, Salo de. **Sobre as possibilidades de uma penologia crítica:** provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, 2013; 3 (3); 143-164.

CUCO, Arcénio Francisco. **Introdução à criminologia cultural:** novo olhar sobre o velho objeto. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/53.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2015.

DALL'ACQUA, Vítor José Bruzon. **A criminalização da cultura periférica como descompasso entre movimentos culturais populares e políticas estatais: a questão do Hip Hop em São Paulo.** Disponível em http://www.encontro2014.andhep.org.br/resources/anais/1/1397605590_ARQUIVO_PROJET_O_ANDHEP.pdf. Acesso em 04 de setembro de 2015.

FERRELL, Jeff. **Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 82, ano 18, p. 339-360, jan.-fev./2010.

_____. **Culture, Crime, and Cultural Criminology.** In Journal of Criminal Justice and Popular Culture, 3(2) (1995) 25-42. Disponível em <http://www.albany.edu/scj/cjpc/vol3is2/culture.html>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

MOORE, Carlos. **Racismo e Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo.** 2ª edição. Belo Horizonte: Nandyala, 2012.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Músicas na Justiça: a letra no banco dos réus.** Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714&revista_caderno=27. Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, Nº 100, Ano XV, Maio/2012 (não paginado).

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 18 de outubro de 2015.

Abstract

This article want to know how the Judiciary has handled cultural expressions associated with the population of the suburbs, taking as reference the delict of apology to crime. Considering the assumptions of Ferrell's cultural criminology according to which the resistance movements to consumerism, individualism and standardization of the late modern society are commonly included in the scope of the unlawfulness and considering the existence of criminal fatherland law crimes that can be used in the process secondary criminalization as true instruments of censorship, the work seeks to understand how the judiciary has ported the application of criminal law to what it takes to cut cultural production connected to the periphery of culture, especially considering the underlying factors to the activity of official institutions social control, but particularly the Judiciary.

Key words: Cultural Criminology. Judiciary. Apology to Crime.