

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

REFLEXOS CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES ÀS LETRAS DE RAP, COM ENFOQUE AOS DELITOS DE INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME.

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS CONCERNING THE RAP LYRICS WITH THE FOCUS INCITEMENT OFFENSES AND APOLOGY TO CRIME.

**Hugo Lázaro Marques Martins
Pedro Otávio Procópio Macieira**

Resumo

O objetivo do artigo é analisar relação entre as tensas letras do Rap brasileiro com crimes previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal Brasileiro. Tensão estabelecida por uma aparente antinomia entre os citados crimes e o direitos fundamentais garantidos pelo Estado. Apresentamos as características dos Direitos Fundamentais, as Facetas que a Liberdade assume em nosso ordenamento jurídico e a estrutura de proteção conferida pela Constituição Federal às manifestações Artísticas; posteriormente apresentaremos uma análise típica dos crimes em questão. Então, ilustraremos a pesquisa através da análise de decisões jurisprudenciais e letras de música que se envolvam na temática trabalhada.

Palavras-chave: Direito constitucional, Liberdade de expressão, Rap, Crimes de incitação, Apologia

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this paper is to analyze the relationship between tense letters of Brazilian Rap with crimes under Articles 286 and 287 of the Brazilian Penal Code. Tension established by an apparent contradiction between such crimes and the fundamental rights guaranteed by the state. We present the characteristics of Fundamental Rights, the facets that freedom takes in our legal system and protection structure conferred by the Federal Constitution to Artistic manifestations; subsequently present a typical analysis of the crimes in question. So, we will illustrate the search through the analysis of court decisions and lyrics that engage in crafted theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Freedom of expression, Rap, Crimes of incitement, Apology

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise discursiva do tenso relacionamento entre a Liberdade de Expressão e os delitos de Incitação e Apologia ao crime, sobretudo no que diz respeito a produção artística que se estabelece no cenário do rap nacional.

Como é característico do próprio estilo musical, as letras formam narrativas que na maioria das vezes busca retratar as condições de vida do homem da periferia.

Nesse contexto é comum se deparar com letras de música que abordam assuntos corriqueiros como inspiração, para manifestar as percepções sujeito enquanto indivíduo ou enquanto membro de uma determinada classe social. Dessa forma a desigualdade social, violência urbana e uso e tráfico de drogas (entre outras práticas criminosas), são assuntos abordados frequentemente em manifestações musicais.

Grupos como o Planet Hemp, Facção Central e Racionais MC's têm sua produção artística ligada aos temas já citados, e caminham em uma tênue linha que separa a Liberdade de Expressão e a violação a Paz Pública. O que acaba por gerar efervescentes polêmica, no que tange os conteúdos das letras e o Direito Penal.

Seja pelo ritmo com sonoridade grave e dançante ou pelas letras repletas de denuncia, o rap se popularizou e é ouvido por milhares de pessoas. Ainda que tenha ultrapassado as barreiras das classes sociais, o estilo ainda é o hino da favela brasileira.

Diante do cenário e da repercussão dessas musicas é necessário fazer um enfrentamento, entre a liberdade de expressão e a Paz Pública resguardada pelos artigos 286 e 287 do Código Penal, estabelecendo limites para o direito fundamental em questão.

DA LIBERDADE

A liberdade, talvez seja o maior combustível dos debates filosóficos da historia da humanidade. A complexidade do tema se deve a amplitude do alcance do que é liberdade, uma vez que a mesma se liga a questões políticas, religiosas e existenciais, por exemplo.

Para Jean Paul Sartre: “O homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não criou a si próprio e, no entanto livre, porque uma vez lançado ao mundo é responsável por tudo quanto fizer...” (SARTRE. O Existencialismo é um humanismo. Lisboa, Presença, 19974, p. 226)”. A liberdade é formada por duas vias, a primeira fornece a possibilidade de escolha, e a segunda cria a responsabilidade pelas escolhas tomadas, liberdade é ser responsável pela sua própria existência e a forma que ela reflete na existência do outro.

Nesse mesmo sentido caminha o pensamento de Walter Lima:

A liberdade é fundamento da existência e esta se traduz pela necessidade do para si ser constantemente escolha, onde não há uma distância abissal entre liberdade e escolha. O conceito de escolha aparece como a tessitura da subjetividade, pois o sujeito escolhe a si mesmo, escolhendo-se como subjetividade que se quer livre... (LIMA, 1998, p. 27).

Porém para pensadores como a cientista política Hanna Arendt, se dedicar apenas a reflexão da liberdade não é ser livre, a liberdade está ligada a duas dimensões uma interna e outra externa. A interna está ligada aos desejos e reflexões subjetivas do indivíduo, já a liberdade externa está ligada a possibilidade de ação, é fruto da política. Por isso, ela afirma que “para as questões da Política, o problema da liberdade é crucial” (ARENDR, 2009, p. 191)”. A liberdade política é a possibilidade de participação do indivíduo na sociedade, é essa liberdade que permite a convivência entre os diferentes, a própria essência da política. A relação entre a liberdade e a política é fundamental, é impossível pensar a existência de uma sem a outra.

A relação entre indivíduo e Estado também reflete na liberdade, segundo Lafer:

É interessante, neste sentido, apontar que a liberdade de pensamento e de discussão tem tanto a dimensão da liberdade moderna – a de não ser molestado pelo Estado e pelos Outros por conta das próprias opiniões – quanto à dimensão da liberdade antiga – a de poder expressar, publicamente, ideias e pontos de vista que dizem respeito à vida individual e coletiva. (apud Mill, 1991, p.20)

E é justamente a relação entre indivíduo e o Estado que impossibilita a liberdade de ser absoluta, Arendt constata tal fato:

A liberdade filosófica, a liberdade da vontade, é relevante somente para as pessoas que vivem fora das comunidades políticas, como indivíduos solitários. As comunidades políticas, nas quais os homens se tornam cidadãos, são produzidas e preservadas por leis; e tais leis, feitas pelos homens, podem variar muito e podem dar forma a inúmeros tipos de governo, todos eles, de uma maneira ou de outra, tolhendo a vontade dos cidadãos (ARENDR, 1995, p.335)

A Constituição Federal em seu Artigo 5º, inciso II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, acaba por criar uma natural limitação a liberdade individual, garantindo que a liberdade é relativizada com intuito de garantir o interesse coletivo e a manutenção da ordem estatal.

Na mesma medida que o Estado relativiza as liberdades individuais ele busca garantir de forma especial à proteção de certas liberdades, veremos algumas delas a seguir.

Liberdade de pensamento

A liberdade de pensamento é uma das garantias mais aclamadas, que a Carta Magna de 1988 sustentou em seu bojo. Principalmente pelo contexto histórico recente vivenciado no país, os horrores escondidos nos calabouços da Ditadura Militar levou a população a se preocupar e a valorizar a sua possibilidade de livre pensamento.

O inciso IV do Artigo 5º da Constituição Federal tratou de garantir que é livre a manifestação de pensamento, desde que está não seja realizada de forma anônima. Não vendando que os abusos deste do exercício de deste direito responsabilizem seus autores.

Nas palavras de Pinto Ferreira citadas por Alexandre de Moraes:

O Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição da censura. (MORAES, 2012, p.45)

Ou seja, cabe ao Estado garantir a possibilidade de manifestação bem como a impossibilidade de censurar. A proteção oferecida pelo Estado também engloba o direito de ter acesso a opiniões alheias, independente da forma que as mesmas são emitidas (escrita, oralmente, manifestações artísticas).

Nesse sentido Alexandre Moraes destaca o pensamento de Kant, citado por Jorge Miranda,

Há quem diga: a liberdade de falar ou escrever pode-nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nós se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos os nossos pensamentos, e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de pensar (MORAES, 2006, p.207)

Em suma a possibilidade dos indivíduos que os indivíduos possuem de se comunicarem livremente, acaba por influenciar a formação do próprio pensamento dos

mesmos e de suas convicções. É fundamental ter um povo livre para a formação de uma nação forte, a liberdade é um sustentáculo da própria democracia.

No entanto é necessário ressaltar a proibição do anonimato, que segundo de Alexandre de Moraes tem a finalidade de evitar opiniões fúteis e infundadas, que são manifestadas apenas com intuito de desrespeitar a vida privada e a honra alheia.

Liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência

O artigo 5º, IV, declara que: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Sendo importante destacar que tais convicções não são motivos para justificar um descumprimento de obrigação imposta por lei.

Sobre o assunto em Tela é fundamental citar Mello Filho apud Alexandre de Moraes:

A liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrições aos direitos de seu titular (MORAES, 2012, 46)

Em suma, a liberdade de crença e de convicções é o sustentáculo de todas as demais liberdades, uma vez que a ideologia que é combustível para alimentar as demais é fruto justamente da consciência que se forma através de nossos posicionamentos filosóficos. É importante destacar que a este direito abrange também a proteção a aqueles que não acreditem ou professem nenhuma fé.

Essa clausula pétrea, acaba por solidificar a laicidade do Estado, que tolera todas as convicções internas de seus cidadãos e se mantém afastado da possibilidade de impor questões tão íntimas.

Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação

Tendo em vista o contexto histórico recente de nosso país onde as liberdades individuais foram cerceadas, a proteção desse direito como clausula pétrea de nossa constituição possui um impacto social enorme. É um direito conquistado após muita luta e por isso sua importância, é possível considerar a liberdade de expressão como uma espécie de concretização de todas as outras liberdades.

Ela é garantida pelo artigo 5º, IX, da Carta Magna que declara: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

E conforme apresenta Assunção e Silva citando Samantha Meyer-Pflug, liberdade de expressão se equivale a liberdade de pensamento, englobando ideias, convicções, opiniões, sensações, sentimentos que são externadas por meio de atividade artística, intelectual, científica ou da simples comunicação.

Como salienta Assunção e Silva:

a liberdade de expressão deve ser garantida quer como garantia de participação política do povo, quer como manifestação de um direito individual que deve ser respeitado pelo Estado. Este, porém não deve selecionar as manifestações de opinião que podem ser apresentadas publicamente, sob pena de ferir o princípio da neutralidade. (SILVA, 2012, p. 30)

Ou seja, o Estado ao se assumir Democrático deve estar preparado para sustentar a manifestação de seus cidadão sem se valer de seu poder para privar essa participação. A liberdade de expressão é parte fundamental da estrutura democrática. Corrobora com esse posicionamento Ronald Dworkin ao afirmar que: “O Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas” (DWORKIN, pag. 319, 2006).

A censura previa que nas palavras de Alexandre de Moraes significa: “o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral”. É expressamente vedada pelo próprio texto constitucional, porém assim como qualquer direito a liberdade de expressão não é absoluta, uma vez que é plenamente possível responsabilizar o autor da manifestação por dano a outros direitos fundamentais.

Através de processo judicial é plenamente possível a proibição de certa manifestação quando a mesma ferir direitos fundamentais alheios, como a honra, dignidade, imagem. Ou seja, a expressão é livre e garantida, porém através de um processo judicial pode se provar a necessidade de relativizar a garantia fundamental, proibindo tal manifestação.

A importância da arte

Desde os primórdios da história da humanidade é nítida a necessidade que o ser humano possui de exteriorizar seus sentimentos e vivências através da arte.

A cultura humana evolui ao longo dos séculos assim como a arte, a música, a literatura, pinturas e esculturas passaram a ser cada vez mais presentes na vida social. Cada povo possui elementos culturais específicos, que refletem o meio e estruturas sociais em que vivem, e dessa relação que surgem as manifestações artísticas.

Sobre o assunto, o Professor Verlaine Freitas brilhantemente destaca o posicionamento de Adorno:

Na relação com a realidade empírica, a arte sublima o princípio, ali atuante do *sese conservare*, em ideal do ser-par-si dos seus testemunhos; segundo as palavras de Schönberg, pinta-se um quadro, e não o que ele representa. Toda obra de arte aspira por si mesma à identidade consigo, que, na realidade empírica, se impõe à força a todos os objetos enquanto identidade com o sujeito e, deste modo, se perde... As obras de arte são cópias do vidente empírico, na medida em que a este fornecem o que lhes é recusado no exterior e assim libertam daquilo para que as orienta a experiência externa coisificante. (FREITAS, 2008, p. 59-60)

Ou seja, a arte é fruto das experiências empíricas do artista, ele manifesta sua vivência através de suas obras. Independente de conceitos estéticos a arte é essencialmente a manifestação da relação entre o íntimo do ser humano e a sua convivência social, nesse sentido Azevedo Junior define arte como: “a transmissão de ideias, pensamentos e emoções, através de um objeto artístico, adquirida da experiência humana e que possui seu valor”.

Independente do meio em que se manifesta ou de sua erudição ou popularidade, a arte é o retrato da humanidade. Das pinturas rupestres a arte digital do terceiro milênio, das sinfonias clássicas ao “samba de partideiro” a busca é a mesma: retratar a tensa relação entre sentimentos íntimos e o infinito meio externo, onde as particularidades convivem com a coletividade.

A carta magna observa a importância das obras artísticas como um patrimônio histórico e cultural do povo brasileiro. Essa preocupação é fruto da constatação de que a proteção de um patrimônio cultural em suas mais variadas formas (naturais, construções, artísticas, históricas) é a garantia da manutenção da memória de um povo, memória que deve ser protegida.

O Rap Nacional

A cultura hip-hop se popularizou no Brasil, a partir do início dos anos 80, principalmente com a *break dance* através de Nelson Triunfo. Através da dança, jovens de diversas partes do país passaram a se reunir para praticar culturas semelhantes. E essa mobilização acabou por gerar um estilo musical, que nas palavras de João Batista de Jesus Felix era:

o rap, que é o resultado da reunião de duas palavras *rhythm and poetry*(ritmo e poesia). Trata-se de um “canto falado”, cuja base musical é tirada do manuseio de duas *pick-ups*, comandadas pelo Dj, que incrementa sua apresentação com a introdução de efeitos sonoros denominados *scracht*, *back to back*, *quick*, *cutting* e *mixagens*. A outra personagem na realização do rap é o *Mc*, que é a pessoa que “fala” ou canta a poesia. (apud Oliveira, 2011, p.29)

Em meados dos anos 80, o rapper Thaíde se tornou um dos primeiros representantes do estilo musical que no Brasil se tornou extremamente politizado, como destaca Gustavo Souza Marques:

No âmbito político, o hip-hop brasileiro imprimiu sua marca na ocupação propositiva do espaço público, a fim de não só reproduzir os filmes e as histórias do hip-hop estadunidense, mas de fato, discutir a relação com o meio urbano e gerar visibilidade para os indivíduos de periferia. (MARQUES, 2013, p.121)

A postura do rap brasileiro acabou por adquirir um formato ideológico, que visa relatar o cotidiano das periferias brasileiras e os problemas enfrentados pelos seus moradores. Como é destacado por Roberto Camargos de Oliveira:

Configurou-se como uma estética do problema, em que se narram episódios de violência, de consumo de drogas e da dinâmica social do comércio de drogas lícitas e ilícitas, as péssimas condições de vida nos bairros periféricos e pobres (e o contraste destes com os bairros privilegiados), as condições de miséria e abandono, o acesso precário aos serviços públicos, temas que priorizam o cotidiano e as situações de “marginalização”. (OLIVEIRA, 2011, p.46)

O rap é sem dúvida um dos estilos musicais mais populares do país, apesar de todas as controvérsias que o cercam. É um forte elemento da cultura brasileira, principalmente pela forma que afeta a vida pública do país.

Incitação ao crime

Previsto no artigo 286 do Código Penal o crime de Incitação ao Crime possui o seguinte tipo penal: “Incitar, publicamente, a pratica de crime”. Como descreve Luiz Regis Prado: “A conduta típica prevista no artigo 286 consiste em incitar (instigar, induzir, açular, provocar, excitar, estimular), eficaz e seriamente, a prática de crime” (PRADO, 2013, p. 253).

Analisando os sujeitos do crime, é possível destacar que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, nas palavras de Bitencourt o sujeito ativo deste crime: “independe de qualidade ou condição especial, enfim, quem pratica a conduta descrita no tipo penal”. Entendo ser de forma direta a coletividade, a sociedade o sujeito passivo desta infração.

Quanto a adequação típica objetiva o artigo em tela incrimina o simples ato de incitar que pode ser entendido como estimular, provocar, instigar. Devendo este ato sempre ser realizado de forma pública, podendo ser realizado através de forma escrita, oral e inclusive artística e a um crime determinado. Como brilhantemente aponta Bitencourt: “a lei pune a incitação em si, cometa ou não o instigado crime”. É importante destacar que caso o crime incitado seja efetivamente realizado haverá concurso material de crimes, o sujeito ativo do crime de incitação responderá pelo seu crime e pelo praticado pelo agente que se sentiu incitado ao ato.

Tendo em vista a adequação típica subjetiva, é necessário destacar que o tipo objetivo é constituído pelo dolo, sendo este exigido tendo em vista a não previsão de modalidade culposa. Às luzes dos ensinamentos de Bitencourt:

O sujeito ativo deve agir com vontade de excitar a prática criminosa e com consciência de que sua ação é ou poderá ser percebida ou ouvida por indeterminado número de pessoas. No entanto não é necessário que a vontade se dirija ao que é objeto da incitação, sendo suficiente que o agente saiba que pode causá-lo e assuma o risco de produzi-lo. (BITENCOURT, 2012, p. 412)

A consumação do delito acontece com a simples pratica do fato, desde que repercuta publicamente, a consumação não depende de ato de terceiros, isto é que o ato incitado seja efetivamente realizado ou tentado. Conforme dispõe Bitencourt:

Para que a ação do incitador ganhe relevância jurídica e ajuste-se ao tipo incriminador, consumando-se, não é necessário que o *incitado* sequer inicie a execução da infração penal, sendo suficiente que a ação daquele tenha idoneidade

suficiente para estimulá-lo a tal, mesmo que este não se anime a praticar a referida infração ou se sinta estimulado a tanto. (BITENCOURT, 2012, p.413)

É importante destacar que devido à necessidade da incitação ser pública para ser caracterizada não é necessário determinar o numero exato de pessoas que tomaram conhecimento da manifestação.

Quanto a tentativa ela é admissível conforme aponta a doutrina porém depende do meio realizado, como aponta Rogério Greco: “dependendo do meio utilizado pelo agente para incitar publicamente a pratica de crime, será possível ou não o reconhecimento da tentativa”.

A pena para o crime é de detenção de três a seis meses, ou multa. Sendo a ação de iniciativa publica e incondicionada.

Apologia ao crime

O crime em questão é previsto no artigo 287 do Código Penal que declara: “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou autor de crime”. É possível perceber certa similitude entre a apologia e a incitação, uma vez que a apologia de certa forma pode levar a incitação. No entanto a ação necessária para executar o tipo é diferente, a apologia é uma espécie de elogio ao crime ou ao fato criminoso, é um incentivo mais subjetivo enquanto a incitação é dada de forma muito mais clara e direta.

Nesse sentido converge o pensamento de Maggiore:

O crime de instigação ao crime apresentava-se sob duas formas, uma direta e outra indireta: a primeira – instigação direta – consistia em incitar publicamente a cometer um ou mais crimes; a segunda – instigação indireta – consistia em fazer publicamente apologia de um ou mais crimes. (1958 apud BITENCOURT 2012, p.416)

Luiz Regis Prado afirma: “a conduta típica prevista no artigo 287 consiste em fazer apologia (elogiar, exaltar, enaltecer, louvar, aprovar, defender, justificar), publicamente, de falto criminoso ou autor de crime”. (PRADO, 2013, p. 258).

Em relação aos sujeitos do crime podemos destacar que o mesmo é um crime comum quanto observado seu sujeito ativo uma vez que o mesmo não exige nenhuma qualidade especial. Em relação a classificação do sujeito passivo podemos considerar que o mesmo é a diretamente coletividade, a própria sociedade, a publicidade exigida para o crime acaba por tornar o numero de prejudicados indeterminado ou indeterminável.

Ao analisar a adequação típica objetiva do artigo em tela é possível observar alguns pontos importantes. A apologia deve ser entendida como um elogio como já foi citado anteriormente, elogio que deve exaltar um fato que a lei penal considerar criminoso, sendo que esse fato deve ter ocorrido anteriormente, a apologia deve ser a fato específico, não podendo ser para fatos no geral, concorda com esse posicionamento Fragoso (1981 apud Bitencourt 2012, p. 417): “deve referir-se a fato criminoso, ou seja fato que a lei penal vigente considera crime (e não simples contravenção), devendo tal fato ser determinado, e efetivamente acontecido. Não se concebe apologia de crime ou crimes *in genere* ou não sucedidos”. Quando o elogio se referir ao autor, ao criminoso, ela deve exaltar os meios utilizados para a execução do fato criminoso, elogios à personalidade ou características não podem ser consideradas como apologia, corrobora com essa opinião Cezar Roberto Bitencourt:

a apologia limita-se a elogio ao criminoso por ter praticado a ação criminosa, por sua habilidade, competência ou motivação na execução do crime, não abrangendo evidentemente, nenhuma apreciação favorável relativa a outros atributos – verdadeiros ou fantasiosos – da sua personalidade ou de seu caráter. (BITENCOURT, 2012, p.418)

Em relação à adequação típica subjetiva é possível afirmar que a mesma é constituída pelo dolo, que nada mais é que a vontade clara do agente em tornar publico o ato em que ele elogie conduta criminosa praticada ou seu agente. Bitencourt destaca: “A consciência da incitação consiste na seriedade com que é executada a apologia, objetivando efetivamente convencer o seu destinatário imediato, aspecto fundamental para que a conduta se ajuste à descrição do tipo penal”. Ou seja, a vontade do agente em realizar o elogio deve transcender a simples vontade de elogiar, ela deve ser motivada pela expectativa de instigar a futura pratica semelhante.

A consumação do crime é efetivada quando a manifestação com caráter de apologia se torna publica, sendo então de conhecimento de um numero indeterminado ou indeterminável de pessoas. No plano doutrinário a tentativa é aceita, dependendo do meio utilizado pelo agente para ser configurada.

A pena para o crime é de detenção de três a seis meses, ou multa. Sendo a ação de iniciativa pública e incondicionada.

A paz pública como bem juridicamente tutelado

Os já citados tipos penais estão elencados no Título IX da Parte Especial do Código Penal, chamados de crimes contra a paz pública, que acaba por ser o bem jurídico observado pelo legislador como de suma importância, a ponto do Direito Penal oferecer a sua proteção. Como alerta Bitencourt, o bem protegido é diverso daqueles possivelmente lesados pelo eventual crime incitado.

A ordem social é o melhor sinônimo para a paz pública, devendo ordem ser entendida como o bom funcionamento de todas as estruturas presentes na sociedade. Segundo Sebastian Soler (1970 apud Bitencourt 2012, p. 407) a: “ordem pública quer dizer simplesmente tranquilidade e confiança social no firme desenvolvimento pacífico da vida civil”. A paz pública é uma orientação de expectativa para o funcionamento da organização social, envolvendo inclusive o sentimento de segurança que a população tem direito de sentir, e é dever máximo do Estado garanti-la.

Muito embora todo crime de certa crie um dano a esse bem jurídico, os tipos penais que se atentam a proteger esse bem específico possuem escopo de criar uma estrutura de proteção e manutenção da ordem. Evitando que um possível caos social seja criado a partir de ações que propaguem a criminalidade como algo positivo.

Conflito aparente x conflitos reais

O direito é um sistema coeso, formado por normas jurídicas que possuem validade em um determinado território e em um determinado tempo. Nos ensinamentos de Paulo Nader devemos entender a norma como:

O instrumento de definição da conduta exigida pelo Estado. Ela esclarece ao agente como e quando agir. O Direito Positivo, em todos os sistemas, compõe-se de normas jurídicas, que são padrões de conduta ou de organização social impostos pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade. São fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual. Pelas regras jurídicas o Estado dispõe também quanto à sua própria organização. Em síntese, norma jurídica é a conduta exigida ou modelo imposto de organização. (NADER, 2013, p.83)

Sendo assim, o conflito entre normas vigentes pode ser real ou aparente.

Hans Kelsen considera um conflito real quando: “uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta,

inconciliável com aquela”. Ou seja, existe um choque direto entre dois ou mais dispositivos, o que torna a aplicação da norma mais difícil, devendo-se buscar critérios hermenêuticos, tendo em vista que o sistema jurídico não oferece soluções para demonstrar qual norma é mais compatível com o fato.

O próprio legislador reconhece a possibilidade de existência dessas situações e oferece a solução no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. Em suma, o interprete autentico, no momento de seu julgamento tem poder de na forma da lei, criar instrumentos hermenêuticos que possibilitaram a resolução do caso concreto.

Já no conflito aparente entre normas, existe uma antinomia entre duas ou mais normas de nosso ordenamento, no entanto existem critérios previstos no ordenamento jurídico que permitem a solução da mesma.

O primeiro critério a ser apresentado é a hierarquia das normas, critério apresentado pelo próprio Kelsen na Teoria Pura do Direito, que determina que: “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”. As normas hierarquicamente inferiores devem respeitar os posicionamentos das superiores, o que acaba por levar as normas superiores a prevalecerem sobre as inferiores, na aplicação do caso concreto.

O critério cronológico é apresentado pela LINDB no artigo 2º, parágrafo 1º que determina que leis posteriores revoguem leis anteriores, desde que expressamente apresentem posicionamentos contrários. Nas palavras de Norberto Bobbio:

Existe uma regra geral no direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que dois atos de vontade da mesma pessoa valem o ultimo no tempo. Imagina-se a lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldades em justificar a regra. A regra contraria obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do direito às exigências sociais. (BOBBIO, 2014, p.94).

Ou seja, a presunção da finalidade da vontade do legislador leva a desconsideração do ato anterior que seja incompatível com a vontade expressa pela nova lei.

Por fim o critério da especialidade, consagrado pelo artigo 5º da Carta Magna, na medida em que a mesma se preocupa em garantir a isonomia, isto é tratar os desiguais como desiguais. Esse critério busca analisar a matéria considerada, utilizando a norma que possui

maior profundidade interpretativa para oferecer melhor resolução aos fatos. Conforme ensina Norberto Bobbio:

Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida pelo tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. (BOBBIO, 2014, p. 97)

Em resumo o critério em questão resguarda a utilização da lei de caráter especial em detrimento da lei geral. Tendo em vista que a lei oriunda da necessidade de uma tutela específica fornece maior possibilidade de oferecer justiça,

Conflito entre o artigo 286 e 287 do Código Penal e o artigo 216 da Constituição Federal

Uma análise superficial confrontando os crimes previstos no artigo 286 e 287 e o artigo 216 da Constituição Federal pode levar a conclusão da existência de um conflito entre as normas, uma vez que o mesmo visa garantir como patrimônio cultural do povo brasileiro as formas de expressão e obras artísticas que devem ser protegidas pelo Estado.

A incitação ao crime e a apologia ao crime, acabam por reservar em seu conteúdo uma limitação à produção artística, uma vez que determinadas temáticas acabam configurando o crime.

Porém a dicotomia existente entre os dispositivos em questões devem ser encaradas como um conflito aparente de normas, uma vez que nosso sistema jurídico oferece possibilidades de solução que passa por uma análise profunda e holística do conflito.

Os direitos fundamentais não devem ser encarados como absolutos, tal visão acaba por criar uma série de colisões entre direitos fundamentais. Conforme ensina Assunção e Silva citando Farias:

Sucedem a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros. (FARIAS apud SILVA, 2012, p.42)

Ou seja, quando se considera um direito individual absoluto é difícil ponderar os interesses individuais e coletivos e é exatamente essa ponderação que torna essa relação menos conflituosa.

Assunção e Silva afirma que: “A liberdade humana não pode ser restringida, através de uma lei penal, sem que haja ofensa a algum bem jurídico, ou perigo de que tal ofensa provavelmente irá ocorrer”. O que leva a conclusão de que é necessário que a existência da ofensividade para que o crime ocorra, não podendo se estabelecer instrumentos de censura a fim de evitar o dano possível. Ainda que a Segurança Pública seja um bem coletivo importante a liberdade individual deve ser considerada e respeitada, sendo limitada apenas quando a ofensividade for configurada, quando a manifestação de pensamento for uma clara forma de afronta a paz pública, um verdadeiro risco a sociedade.

No caso em tela existem dois direitos fundamentais em choque, o à liberdade de expressão e o à segurança, é possível resolver tal conflito pela regra do sopesamento. Nas palavras de Alexy:

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1(ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2, exige uma otimização tanto em relação às possibilidades quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípio e medidas. (apud SILVA, 2012, p.63)

Brilhantemente Assunção e Silva se valendo dos ensinamentos de Alexy ilustra a aplicação da regra ao fato em questão:

Se consideramos que: Z – paz pública, P1 – segurança pública, P2 liberdade de expressão, M1 medida que proíbe manifestação de pensamento que não provoquem perigo concreto ou dano a algum bem jurídico, M2 – medida que proíbe apenas a manifestação de pensamento feita em circunstancia tais que provoquem

perigo a algum bem jurídico, temos que o direito à segurança pode ser garantido de modo satisfatório sem limitação de direito de liberdade de expressão além do necessário, restringindo-se este apenas quando houver perigo concreto de violação a bens jurídicos relevantes, conforme circunstâncias. (SILVA, 2012, p.64)

Ou seja, a Paz Pública e a segurança pública devem prevalecer sobre a liberdade de expressão apenas se esta for utilizada como um instrumento de violação de bens jurídicos relevantes. Não é possível a restrição de direitos sem a violação de outros direitos, é necessária a existência de motivos claros para tal fato.

Existem opiniões que defendem a supremacia da liberdade de expressão, que inclusive consideram os dispositivos penais citados como instrumento de censura. Podemos citar o Professor Túlio Vianna como um dos mais célebres defensores da liberdade absoluta de expressão como podemos ver:

Então seria lícito fazer uma passeata pela descriminalização do homicídio ou do sexo com crianças? Claro que sim! Não deve haver tabus no Estado Democrático de Direito e, se alguém for suficientemente desvairado para propor manifestações neste sentido, tem todo direito de fazê-lo, ainda que seja pouco provável que consiga reunir meia dúzia de adeptos para a causa.

Para tal posicionamento é muito comum encontrar respaldo na hierarquia das normas, defendem que as disposições constitucionais garantidoras da liberdade devem ser aplicadas sem prejuízo dos limites impostos pelo Código Penal.

Sendo assim ainda que as disposições constitucionais estejam em um patamar superior, a especialidade das normas penais que servem para proteger situações específicas e fundamentais para a vida em sociedade deve ser valorada, a fim de aplicar nas situações fáticas o que é mais justo, garantindo assim a integralidade do ordenamento jurídico. Sobre Integralidade, Ronald Dworkin discursa:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2007, p. 264)

Ou seja, a solução desses conflitos aparentes na aplicação do caso concreto mantém a estrutura do direito como um sistema único que se apresenta de forma coerente a sociedade, oferecendo a tutela necessária para as mais diversas situações apresentadas.

Discussões no plano Jurisprudencial

No que diz respeito ao conflito aparente entre a liberdade de expressão e os crimes em tela os tribunais vem decidindo em favor da necessidade de se estabelecer limites para o direito de liberdade de expressão, entendem que o direito fundamental em questão não possui caráter absoluto, sendo relativizável diante do caso concreto, comprova essa afirmação o Habeas Corpus de número 82424, julgado pelo STF em 2003.

No caso em tela um editor do Rio Grande do Sul foi condenado ao crime de racismo, previsto pelo artigo 20, da Lei 8081/90, por proferir ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, através de livros. Na decisão é destacada a necessidade de exercer as liberdades individuais em harmonia com os direitos coletivos e humanos. E que a liberdade de expressão não pode abarcar em seu seio manifestações de conteúdo que implicam em ilicitude penal. Nesse mesmo sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RACISMO. EDICAO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDEIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATORIAS. ART-20 DA LEI 7716/89 (REDACAO DADA PELA LEI 8081/90). LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSAO. CRIME IMPRESCRITIVEL. SENTENCA ABSOLUTORIA REFORMADA. (Apelação Crime Nº 695130484, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fernando Mottola, Julgado em 31/10/1996)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, também declara ser necessário limitar a liberdade de expressão, uma vez que a outros direitos protegidos pela constituição (no caso em tela a honra e imagem) podem preponderar tendo em vista o princípio da proporcionalidade (Apelação Crime Nº 70058483926, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 27/03/2014).

É necessário destacar o outro ponto interessante que envolve a temática liberdade de expressão e condutas criminosas. Há cerca de quatro anos iniciou-se um movimento em todo o país que lutava pela descriminalização do uso da maconha, movimento que passou a organizar manifestações que expunham amplamente o desejo do terminado grupo em utilizar de forma legal a droga ilícita. Diante de tal fato diversas decisões que impediam a realização

da manifestação, bem como da truculenta repressão realizada pelas Polícias Militares, foi impetrado um Habeas Corpus Preventivo a fim de garantir a realização das manifestações (min. Celso de Mello, tribunal pleno, julgado em 15/06/2011, acórdão eletrônico dje-102 divulg 28-05-2014 public 29-05-2014).

A repercussão da decisão foi muito grande. E a mesma se baseou justamente no modelo Democrático que rege o nosso Estado, que tem como fundamento a circulação de ideias divergentes para a construção da democracia, que se ampara no direito de reunião e de liberdade de expressão.

Sobre a relação entre Estado e cidadãos Ronald Dworkin afirma: “O Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas” (DWORKIN, 2006, p. 319). O que nos leva a ponderar e chegar a uma simples conclusão: quanto mais busca garantir liberdades civis a seus cidadãos, mais democrático é o Estado. E essa busca programática pela liberdade de expressão que possibilita que os indivíduos debatam a possibilidade de modificação de uma norma, seja para criminalizar uma conduta, seja para descriminalizá-la.

No entanto é necessário destacar que tal decisão não torna livre o uso ou apologia a drogas durante as manifestações. É lícito apenas o debate sobre a possibilidade de descriminalizar a conduta. Conforme expressa notícia veiculada no site do STF, pouco após a decisão:

O ministro Luiz Fux achou necessário estabelecer parâmetros para a realização das manifestações. Fux ressaltou que elas devem ser pacíficas, sem uso de armas e incitação à violência. Também devem ser previamente noticiadas às autoridades públicas, inclusive com informações como data, horário, local e objetivo do evento.

Ele acrescentou ser "imperioso que não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes" durante a marcha e deixou expresso que não pode haver consumo de entorpecentes no evento.

Por fim, ressaltou que crianças e adolescentes não podem ser engajados nessas marchas. "Se a Constituição cuidou de prever a proteção dos menores dependentes químicos, é corolário dessa previsão que se vislumbre um propósito constitucional de evitar tanto quanto possível o contato das crianças e dos adolescentes com a droga e com o risco eventual de uma dependência", afirmou.

Ou seja, a relativização do direito a liberdade de expressão deve ser realizada no caso concreto, tendo em vista qual objetivo da manifestação. Deve ser estabelecida uma análise criteriosa para se verificar se existe ou não a veiculação de ideia criminosa. O Estado deve garantir a ordem e segurança pública, mas não pode privar o cidadão de debater questões de política criminal, sob a justificativa de coibir os crimes de apologia ou incitação.

Análises empíricas

As letras produzidas pelo Rap Nacional é o principal pano de fundo para as discussões apresentadas por este trabalho. Tendo em vista tal fato é importante analisar algumas músicas, com intuito de ilustrar melhor as polemicas que giram em torno do nosso problema jurídico.

Isso aqui é uma Guerra e A Guerra Não Vai Acabar – Facção Central

O Facção Central é um grupo de rap, oriundo da cidade de São Paulo. Conhecido pelas letras extremamente agressivas e por retratarem em suas letras temáticas como trafico de drogas e violência social. A música em questão foi lançada em 1999, no disco “Versos Sangrentos”, sem duvida é a mais controversa da polemica trajetória do grupo.

O vídeo clipe foi dirigido por Dino Dragone, e retratava o planejamento de um sequestro e a execução do mesmo, desde a invasão da casa da família até o assassinato de uma mulher na frente de seu marido e filho. Destacando alguns trechos da canção é possível verificar o caráter violento veiculado pela mesma:

É uma guerra onde só sobrevive quem atira
Quem enquadra a mansão quem trafica
Infelizmente o livro não resolve
O Brasil só me respeita com um revólver, aí
O juiz ajoelha o executivo chora
Pra não sentir o calibre da pistola
Se eu quero roupa, comida, alguém tem que sangrar
Vou enquadrar uma burguesa e atirar pra matar
Vou fumar seus bens e ficar bem louco
Sequestrar alguém no caixa eletrônico

A letra apresenta o crime como uma alternativa a superar a desigualdade social, como uma via para que as classes menos favorecidas. Existe um claro discurso de propagação

do ódio que se consiste em comunicar e incitar condutas violentas dirigidas a determinados grupos. É muito comum que esse tipo de discurso seja dirigido contra minorias (homossexuais, judeus, negros, indígenas, etc), nosso processo histórico é marcado pela segregação das classes menos favorecidas. No entanto no caso em tela, existe uma inversão dos agentes do discurso, a classe que durante tanto tempo foi vítima de descriminalização reage de forma violenta à mesma, incitando a violência como forma de escapar dessa realidade. A respeito da situação aplicam-se os ensinamentos de Norberto Bobbio, “responder ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno” (BOBBIO, 2004, p. 196-197).

A canção é finalizada pelos seguintes versos:

Boy quem te protege do oitão na cabeça
Sua polícia no chão do DP sem defesa
Rezando pro ladrão ter pena. Que pena...
Seu herói pede socorro nessa cena
Quer seu filho indo pra escola e não voltando morto
Então meta a mão no cofre e ajude nosso povo
Ou veja sua mulher agonizando até morrer
Por que alguém precisava comer
Isso aqui é uma guerra

O discurso é totalmente voltado para a incitação e apologia a práticas criminosas de diversas naturezas, como: sequestros, latrocínios, roubo e porte ilegal de armas.

A música foi objeto de investigação por parte do Ministério Público de São Paulo, que requereu inclusive que o videoclipe da mesma fosse retirado de circulação. A investigação foi arquivada sem que o crime de incitação ou apologia fosse configurado. Em virtude de tal incidente o grupo se manifestou através da música A Guerra Não Vai Acabar:

Contando buraco no crânio no corpo do boy morto
pela Glock que o sistema porco põe no morro
Mas pra mim é A.286 quando falo do sangue que escorre
do pescoço do vigia dentro do carro forte,
Canto o descaso pra periferia transformar meu povo em carniça
Tem Facção na fita, sanguinário na rima
Pode censurar, me prender, me matar
Não é assim promotor, que a guerra vai acabar

Uma clara provocação, as autoridades, e a insistência em fortalecer o discurso do ódio sustentado pelo grupo, ainda que tentem disfarçar tal comportamento, alegando que se retratam a realidade da periferia e que estão buscando denunciar o descaso e melhorar as condições existentes. No entanto é clara a ausência de preocupação em retratar a realidade do homem trabalhador da periferia, que sofre tanto com problemas sociais frutos da desigualdade quanto pela violência social exaltada pelas canções do grupo.

O intuito da manifestação artística em questão é promover determinada conduta, como uma espécie de revolução social. Fato que em nada contribui para a discussão de um tema tão relevante, que poderia levar a pratica de uma serie de políticas públicas úteis á sociedade como um todo. Tendo em vista o discurso do ódio Daniel Sarmiento conclui:

Portanto, não é só porque as ideias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma de discurso. O fato de uma ideia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevantes do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento na justifica a proteção ao hate speech, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição (SARMENTO, 2006, p 236-237)

Eu sou 157 – Racionais Mc's

A música em questão nunca foi objeto de denuncia do Ministério Público ou de investigação da policia judiciária, porém apresenta elementos que devem ser observados pela sua relevância a nossa temática.

O titulo expressa clara referencia ao Artigo 157, do Código Penal, que trata do crime de roubo:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

O roubo é uma temática usual em diversas músicas brasileiras, poderíamos citar por exemplo Pivete composta por Chico Buarque de Holanda. Porém o que difere a composição do rapper Mano Brown das demais, inspiradas na mesma temática é a forma como o criminoso é tratado. O refrão demonstra certa exaltação à vida criminosa:

Hoje eu sou ladrão, artigo 157
As cachorra me amam
Os playboy se derretem
Hoje eu sou ladrão, artigo 157
A policia bola um plano
Sou herói dos pivete

Diante da realidade de pobreza nas periferias brasileiras, muitas vezes o criminoso recebe um destaque devido as fáceis conquistas financeiras. No caso da manifestação artística em questão, o ladrão é exaltado e tratado como herói. Nos versos do rap as conquistas matérias do ladrão são apresentadas:

Eu vejo os ganso descer
E as cachorra subir
Dos espelho da
Pra vê
Quem guia o GTI

Realidade que conflita com a maior parte dos trabalhadores das classes desprivilegiadas da mesma comunidade:

Ô
Vamos e convenhamos
Tiazinha trabaia 30 anos
E anda a pé

É importante ilustrar a relevância da música cantada como um hino durante as apresentações do grupo de rap. Ainda que no desfecho da música o “herói” termina morto é importante que o locutor se preocupe com o entendimento do interlocutor, uma vez que a música é entoada durante as apresentações como um hino para a prática da conduta criminosa.

Mesmo sem o intuito direto de exaltar o roubo, a música serve como uma espécie de suporte ideológico. Ela apresenta a revoltante desigualdade social que tanto violenta a

periferia brasileira, e sim pode influenciar um jovem a se envolver em situações descritas pela música. E mais do que isso contribui para o cenário de marginalização dos moradores da periferia, já que fortalece a imagem de revolta e criminalidade que injustamente é atribuída aos mesmos.

É extremamente válido que a arte retrate a realidade, porém é necessário se ater ao limite tênue entre o retrato da realidade e a exaltação da criminalidade.

Legalize Já – Planet Hemp

A banda rap rock que fez bastante sucesso nos anos 90 teve sua trajetória marcada pelas polemicas, envolvendo músicas que possivelmente apresentavam apologia ao consumo de drogas. O próprio nome da banda já sugere tal situação, uma vez que em tradução livre o nome significaria Planeta da Maconha.

Inúmeras foram as vezes que a banda foi impedida de se apresentar, emblemática foi a prisão do grupo em 09 de novembro de 1997, após a realização de uma apresentação em Brasília-DF. A prisão foi decretada pelo juiz Vilmar José Barreto Pinheiro, sob a acusação do Crime de Apologia previsto no artigo 287 do Código Penal, os integrantes da banda ficaram presos por quatro dias. Além de decretar a prisão dos membros da banda o já citado juiz proibiu show, venda de discos e veiculações de músicas do conjunto nas rádios do Distrito Federal. Tendo em vista tal problema foi impetrado um habeas corpus preventivo, que se baseou na liberdade de expressão.

Nos últimos tempos os debates a respeito da legalização da maconha tiveram grande efervescência e a música Legalize Já é um dos marcos deste posicionamento. Vejamos o refrão da canção composta por Marcelo D2 e por Rafael Crespo, presente no CD Usuário de 1995:

O álcool mata bancado pelo código penal
Onde quem fuma maconha é que é marginal
E por que não legalizar? E por que não legalizar?
Estão ganhando dinheiro e vendo o povo se matar

A música retrata claramente o discurso de descriminalização do uso da Maconha e se tornou principal emblema da proposta musical e ideológica da banda. Justamente essa visão favorável à descriminalização do consumo da droga levou o juiz Vilmar José Barreto Pinheiro

Anos a tomar medidas repressivas, ainda que as mesmas não estivessem pautadas nas garantias conferidas pelo Estado Democrático de Direito.

Outro ponto interessante é que anos depois durante a discussão a cerca da constitucionalidade das Marchas em prol da Legalização da Maconha a prisão do grupo Planet Hemp foi lembrada nos debates pelo Ministro Celso Mello, sendo que o mesmo defende a liberdade de criação artística e produção intelectual como foi amplamente divulgado pela mídia na época dos fatos.

O Ministro Celso Mello se manifestou durante seu relatório:

a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamentecaracterizador do delito de apologia de fato criminoso, representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade (MELLO, 2011)

Sendo assim Assunção e Silva conclui:

O STF, por unanimidade julgou procedente a ADPF nº 187, dando ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substancia entorpecente especifica, inclusive através de manifestações em eventos públicos. (SILVA, 2012, p. 85)

Ou seja, entoar os versos “Legaliza já, legalize já”, não leva a pratica de apologia, uma vez que tal situação é o exercício de um direito de criticar a legislação vigente, é a participação na estrutura democrática do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interpretar é fundamental para o Direito, interpretar a norma e sua aplicação é fundamental para se chegar à justiça. Para interpretar é necessário buscar um equilíbrio, interpretações equivocadas podem justificar abusos que geram danos enormes. Larenz define:

Interpretação (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação faz-se falar este sentido, quer dizer, ele

é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. (LARENZ, 1997, p. 441)

Ou seja, interpretar é buscar o sentido das palavras, sentidos aparentes e sentidos ocultos. O próprio exercício interpretativo demonstra o caráter fundamental que a palavra possui para o direito, uma vez que ela é o principal instrumento de análise, é ela que transmite toda a complexa gama de significados que as questões possuem.

Ainda citando Larenz:

O que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja". A seguir, porém, reconhece que essa atividade interpretativa de desvelar o sentido que o texto traz não é de todo pura, embora não seja intenção do intérprete contaminá-la com suas convicções pessoais. (LARENZ, 1997, p. 441)

Isto é a interpretação é uma mistura entre as convicções pessoais do interlocutor e a vontade do locutor. Constatação que é totalmente pertinente para o objeto desta pesquisa, uma vez que lidamos com a busca de sentido de letras de musica e da interpretação do sistema jurídico como um todo para a aplicação da lei.

O Rap é um estilo musical que na maioria das vezes busca retratar os problemas sociais enfrentados pelos moradores das periferias brasileiras. No entanto, a ilustração desses problemas muitas vezes é interpretada de maneira equivocada, tendo em vista muitas vezes a falta de instrução dos interlocutores. Sendo assim qualquer retrato da realidade que contenha elementos vinculados a criminalidade, pode ser entendido como exaltação ou incitação à pratica descrita.

É nítida a proteção que o nosso ordenamento jurídico fornece as manifestações artísticas, elas representam a concretização da liberdade de expressão e pensamento. No entanto essa estrutura protetiva não pode se configurar um escudo para que expressões artísticas veiculem práticas criminosas.

Desta forma, é plenamente viável a limitação da liberdade de expressão, garantindo que sejam vedadas obras artísticas que sejam viciadas por algum tipo de crime. Os direitos fundamentais devem ter sua aplicação relativizavel nenhum deles deve ser entendido como absoluto, é necessário no caso concreto estabelecer o limite de incidência do direito fundamental.

Sendo assim, a liberdade de expressão ou qualquer outra garantia constitucional não pode ser justificativa absoluta para a descaracterização dos delitos de Incitação e Apologia no que tange as letras de Rap. Caso o dano aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal seja caracterizado, o artista deve ser responsável por sua produção, por ter usado equivocadamente seu direito de liberdade.

Corroborando com essa opinião Dalmo Dallari:

Na escolha dos meios de satisfação da necessidade será necessário, não raro, determinar limites à liberdade individual a fim de aumentar a eficácia dos meios disponíveis. Além disso, para que a dinâmica social se oriente no sentido de um fim determinado, será preciso coordenar a atuação dos indivíduos e dos grupos sociais, sendo indispensável, portanto, o estabelecimento de uma ordem, o que implica na possibilidade de coagir. (DALLARI, 2012, p. 131)

Os crimes de Apologia e Incitação são compatíveis com a estrutura do nosso ordenamento. Mas não devemos entender tais como instrumentos de realização de censura prévia, uma vez que não se configuram como uma licença para que o Estado interfira nos direitos que ele mesmo visa garantir.

A previsão dos dispositivos penais visa resguardar a ordem social, evitando que a criminalidade seja estimulada das mais diversas formas e que os atos em questão aconteçam e seus autores permaneçam impunes.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hanna. **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

ARENDT, Hanna. **Que é liberdade?** In: ARENDT, H. Entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

AZEVEDO JUNIOR, José Garcia de. **Apostila de Arte – Artes Visuais**. São Luís: Imagética Comunicação e Design, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública..** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 4. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACÇÃO CENTRAL. **Versos Sangrentos**. São Paulo. Discoll Box, 1999. (CD)

FACÇÃO CENTRAL. **A Marcha Fúnebre Prossegue**. São Paulo. Discoll Box, 2001. (CD)

FREITAS, Verlaine. **Adorno e a arte contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 250 a 361 do CP**. 8. ed. Niterói: Impetus, 4. 2012.

LAFER, Celso. **Estado Laico**. In: Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LIMA, Walter, M. **Liberdade e dialética em J. P. Sartre**. Maceió: EDUFAL, 1998.

MARQUES, Gustavo Souza. **O som que vem das ruas: cultura hip-hop e música rap no duelo de MCs**. 2013. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução e prefácio Alberto Rocha Barros; apresentação Celso Lafer – 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do Pensamento Político; v. 22)

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Roberto Camargos de. **Música e política: percepções da vida social brasileira no rap**. 2011. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

PLANET HEMP. **Usuário**. Rio de Janeiro, Sony Music, 1995. (CD)

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial: Arts. 250 a 359H**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. 2013.

RACHEL, Andrea Russar. **Brasil: a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3300, 14 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22219>>. Acesso em: 28 set. 2014

RACIONAIS MCs. **Nada como um dia após o outro dia**. São Paulo: Cosa Nostra, 2002. (CD duplo)

SARTRE. Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo.** Lisboa, Presença, 1974.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Vade Mecum Compacto. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANNA, Túlio Lima. **O crime de apologia como instrumento de censura.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3373, 25 set.2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22684>>. Acesso em: 20 set. 2013.