

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL

JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico da preservação do patrimônio cultural – 3. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 – 4. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1946 e 1967 – 5. O patrimônio cultural brasileiro e a Constituição Federal de 1988 – 6. Os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: 6.1 Artigo 62; 6.2 Artigo 63; 6.3 Artigo 64; 6.4 Artigo 65 – 7. Considerações finais – Bibliografia.

1. Introdução

Pode parecer estranho a alguns a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural na Lei 9.605 de 12.02.1998, na medida em que esta trata, segundo seu preâmbulo, de “sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”. É voz corrente que meio ambiente diz respeito apenas à natureza, preferencialmente intocada, e os aglomerados urbanos seriam a sua negação, a sua destruição.

Esta afirmação não tem cunho científico e desde longa data o direito positivo brasileiro tem conceituado o meio ambiente de forma bastante abrangente. Assim pela Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente), meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas (art. 3.º, inc. I). Exatamente por permitir, abrigar e reger a vida em todas as formas, é que o meio ambiente inclui áreas naturais intocadas ou degradadas, mares e terras,

áreas rurais e urbanas, pois em todos esses espaços encontramos formas de vida. Sob o ponto de vista humano, especialmente no Brasil, avulta a importância dos estudos do meio ambiente urbano, eis que cerca de 70% da nossa população nele vive e exerce suas atividades.

Pode-se dizer ainda que o brasileiro urbano em geral, vive mal. As cidades brasileiras são normalmente caóticas e carentes de planejamento urbano. A única diferença entre a pequena e a grande cidade brasileira é o porte. Nas pequenas cidades já se observa, em forma embrionária, os vícios de falta de planejamento, que elevados à máxima potência na grande metrópole, gerarão o caos urbano que podemos facilmente constatar.

E a maioria dos brasileiros vive em grandes megalópoles cinzentas, mal urbanizadas e edificadas, carentes de água potável e esgoto tratado, com serviços deficientes de transporte e habitação, sem áreas verdes, assoladas pela poluição da água, do solo, do ar e sonora, repletas de desempregados, subempregados, favelados e moradores de rua, que transitam por suas

inseguras vias, onde a criminalidade corre solta. Enfim, o ambiente urbano brasileiro, pelo seu altíssimo grau de degradação, especialmente nas grandes cidades, deixa à mostra a triste chaga do sistema injusto que rege a nossa sociedade e que gera violentas desigualdades sociais.

Por outro lado, a ênfase do ordenamento jurídico ambiental brasileiro sempre foi voltada às áreas naturais, havendo inclusive uma maior conscientização da opinião pública a respeito, ficando as áreas urbanas e suas sérias questões acima mencionadas, um tanto marginalizadas e incompreendidas. Assim, podemos afirmar que o patrimônio cultural brasileiro, ao contrário dos países mais desenvolvidos, nunca foi muito prestigiado pelas políticas públicas de nossos governantes, mais interessados na proteção de ecossistemas naturais, talvez visando provar diante da opinião pública internacional que estão realmente protegendo a Amazônia e a Mata Atlântica, mesmo que seja através de unidades de conservação criadas por decreto e que nunca saíram de fato do papel (...), mas este é um outro assunto que se afasta do escopo deste trabalho. Na verdade, podemos dizer que o patrimônio cultural é um primo pobre do patrimônio natural, que por sua vez, também não figura entre as grandes prioridades estatais.

Exatamente por isso é que devemos saudar a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural nesta Lei 9.605/98 (arts. 62 a 65). Tal lembrança do legislador, contribui em vários aspectos para o fortalecimento da proteção do meio ambiente urbano, especialmente no que tange ao patrimônio cultural, cuja defesa é enfatizada nos quatro mencionados artigos.

2. Histórico da preservação do patrimônio cultural

O movimento de preservação do patrimônio cultural surge do ponto de vista

mundial no início do século XIX na França, como fruto da Revolução Francesa, que nos seus momentos mais radicais levou à depredação e destruição de importantes bens arquitetônicos e artísticos ligados à Igreja ou à história do *Ancien Régime*. Originalmente, a preocupação preservacionista era voltada aos monumentos e objetos artísticos de valor excepcional, às vezes levando até mesmo à destruição de bens também relevantes, porém, de menor importância artística, para destaque daqueles mais notáveis. Isto explica, por exemplo, a situação atual da Catedral de Notre Dame de Paris, totalmente isolada, eis que as edificações de origem medieval que garantiam sua autêntica ambiência, foram demolidas para lhe dar destaque no século passado, perdendo-se assim definitivamente um aspecto relevante do patrimônio cultural francês.

Este conceito de excepcionalidade do valor do bem cultural a ser preservado, norteou por longo tempo toda a legislação pertinente, inclusive a brasileira, como adiante veremos.

A Carta de Atenas, resultante do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, se por um lado prescreve a salvaguarda de valores arquitetônicos de imóveis não apenas isolados, como de conjuntos (item 65), também considera inevitável a demolição de casas insalubres ao redor de algum monumento histórico, mesmo com a destruição de uma ambiência secular (item 69).¹ Destarte, não se levanta a possibilidade de recuperação de imóveis antigos deteriorados para novos usos, prevendo tão-somente a sua destruição.

A Carta de Veneza, resultante do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos de 1964, constitui um marco decisivo na substituição do antigo conceito de excepcionalidade. Assim, seu art. 1.º expressa

(1) *Cartas Patrimoniais* – IPHAN, p. 59-60.

que “a noção de monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido, com o tempo, uma significação cultural.”; o art. 5.º: “a conservação dos monumentos é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade; tal destinação é, portanto, desejável; mas não pode nem alterar a disposição ou a decoração dos edifícios (...)”; o art. 6.º: “a conservação de um monumento implica a preservação de um esquema em sua escala (...)” e ainda o art. 7.º: “o monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situa. Por isso, o deslocamento de todo o monumento ou de parte dele não pode ser tolerado, exceto quando a salvaguarda do monumento o exigir (...)”.²

Nos dias atuais, o conceito de patrimônio cultural, que por muito tempo direcionou-se apenas a bens móveis e imóveis, passou a expressar também valores imateriais, intangíveis, como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver das coletividades humanas. Assim, a Declaração do México, resultante da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais organizada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (Icomos) no México em 1985, em seu item 23 menciona que “o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas”.³

(2) Op. cit., p. 110.

Grosso modo, podemos dizer que a evolução do conceito de patrimônio cultural deu-se na medida em que a ele foram sendo aplicados, com ênfase diversa no tempo, princípios inerentes a diferentes atividades científico-profissionais. Assim, no conceito de excepcionalidade do valor, podemos vislumbrar uma maior influência da Arquitetura e da Crítica de Arte. No conceito de valor documental do bem (Carta de Veneza), há uma prevalência da História. E, finalmente, quanto à inclusão de bens imateriais, a influência maior é da sociologia e da antropologia.

3. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937

No período imperial podemos dizer que não houve nenhuma ação efetiva no Brasil em defesa do Patrimônio Cultural. Assim, surge apenas uma iniciativa isolada do Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, transmitindo ordens aos Presidentes das Províncias para que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e, ao diretor das Obras Públicas da Corte, para que tivesse cuidado na reparação dos monumentos a fim de não destruir as inscrições neles gravadas.⁴ A Constituição de 1824, por sua vez, nada mencionava a respeito e consagrava o direito de propriedade praticamente ilimitado, o que inviabilizava qualquer iniciativa a respeito.

Com a República, o panorama vigente não sofreu modificações de monta. A Constituição de 1891 e o Código Civil, adotando o princípio do exercício incondicionado da propriedade privada, criava óbices praticamente intransponíveis ao trâmite de diplomas legais que tendessem a

(3) Op. cit., p. 314-315.

(4) *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil. Uma trajetória*. p. 13.

limitá-lo em prol da preservação do patrimônio cultural. Destarte, não teve êxito um projeto apresentado em 1923 pelo deputado pernambucano Luiz Cedro visando à criação de uma Inspetoria de Monumentos Históricos, nem um projeto de 1924 em que o deputado mineiro Augusto de Lima objetivava a proibição da saída, para o estrangeiro, de obras de arte tradicional brasileira e ainda um outro, que tratava amplamente da questão do patrimônio cultural, apresentado pelo deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho em 1930.⁵

Algumas iniciativas estaduais tiveram mais êxito. Na Bahia as Leis Estaduais 2.031 e 2.032 de 08.08.1927, regulamentadas pelo Decreto Estadual 5.339 de 06.12.1927, criaram a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais. Em Pernambuco, a Lei Estadual 1.998 de 24.08.1928 autorizava a criação de instituição análoga.⁶

Após a Resolução de 1930, importantes mudanças ocorreram. Em 12.07.1933, o Dec. 22.928 erigiu a Cidade de Ouro Preto em Monumento Nacional. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar especificamente do assunto, eis que seu art. 10, inc. III dispunha: "Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...)

III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.

(...)"

A Constituição do Estado Novo de 1937 regularia a matéria num texto mais elaborado; o do art. 134, que prescrevia: "Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuida-

dos especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional".

Nesse mesmo ano de 1937 surgiu o Dec.-lei 25 que passou a regular a proteção do patrimônio cultural, criando o instituto jurídico do tombamento, além do órgão por ele responsável, na época o SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e que, com poucas alterações, ainda é o diploma legal que rege o assunto na esfera federal.

O seu art. 1.º define o patrimônio histórico e artístico nacional como "o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico". Como se pode observar, o uso de expressões como "fatos memoráveis" e "excepcional valor" alinham este diploma legal entre os adeptos do conceito de excepcionalidade do valor cultural do bem, como pressuposto para a sua preservação.

Por outro lado, o § 1.º do mesmo artigo, também consagra a preservação exclusiva dos valores culturais oficiais, eis que só quando tombado pelo órgão governamental é que um bem pode ser considerado parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional.

Visando a regulamentação da parte final do citado art. 134 da Carta de 1937, que dizia que, "os atentados cometidos contra eles (monumentos históricos artísticos e naturais) serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional", é que o CP de 1940 criminalizou algumas condutas nocivas ao patrimônio cultural.

Assim, no Título II, Cap. IV do CP de 1940, entre os crimes de dano, é que foram incluídos dois tipos nos arts. 165 e 166, que se referem, respectivamente, ao dano em coisa de valor artístico, arqueológico, histórico e a alteração de local especialmente protegido.

⁽⁵⁾ Op. cit., p. 14-15.

⁽⁶⁾ Op. cit., p. 15.

Estes tipos penais vigoraram até a recente promulgação da Lei 9.605 de 12.02.1998 e serão objeto de análise mais adiante.

4. O patrimônio cultural brasileiro sob a égide das Constituições de 1946 e 1967

A Constituição de 1946, de certa forma, retrocedeu com relação à de 1937, eis que a proteção do patrimônio cultural tornou-se norma meramente programática inserida no art. 175: "As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público".

O patrimônio arqueológico até aquela época não havia encontrado um regime adequado de tutela, eis que o tombamento, por princípio, busca impedir qualquer alteração na aparência do bem tombado. Os bens arqueológicos, por sua vez, para serem devidamente fruídos e estudados, precisam quase sempre serem desmontados cientificamente, pelo menos quando pré-históricos, pela escavação dos sítios correspondentes. Para suprir essa lacuna legal é que foi promulgada a Lei 3.924 de 26.07.1961, que instituiu meios de controle das escavações arqueológicas por meio do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Entretanto, tal diploma legal apresenta algumas sérias deficiências, eis que é voltado quase exclusivamente para sítios pré-históricos e entre eles, para os sambaquis, sítios formados por acúmulos de conchas, restos de cozinha, enterramentos de mortos e outros artefatos amontoados por povos indígenas que habitavam o litoral em épocas pré-cabralinas.⁷

(7) RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental* 6/117.

A constituição seguinte, a de 1967, repetiu a norma programática do Texto Constitucional de 1937, inovando, porém, ao elencar entre os bens sob proteção do Poder Público, as jazidas arqueológicas. O texto original do art. 172 era o seguinte: "Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

A Emenda Constitucional 01/69 manteve a mesma redação do art. 172 apenas renumerando-o para 181.

Como se pode concluir pela simples leitura dos textos constitucionais mencionados, estes apenas enumeravam categorias de bens a serem protegidos, porém não continham nenhum conceito expresso do que fosse patrimônio cultural, continuando a prevalecer o conceito de excepcionalidade expresso no art. 1.º do Dec.-lei 25/37, o que prejudicou, em muito, a preservação de edificações características, porém de menor valor arquitetônico e ligação histórica, quando muito, a fatos da história quotidiana de classes sociais menos favorecidas. A arquitetura eclética do final do séc. XIX e início do XX, tão característica das cidades brasileiras mais importantes da época, desapareceu quase completamente por preconceito de técnicos ligados ao modernismo e que consideravam aquela manifestação artística como desprovida de qualquer valor cultural que justificasse a sua preservação pelo tombamento.

A preservação de bens culturais pelo seu valor documental foi surgindo lentamente, através de construções técnico-doutrinárias mais avançadas, não devidamente amparadas pelas normas de direito positivo.

Desse modo, o II Encontro de Governadores para Preservação do Patrimônio

Histórico, Artístico, Arqueológico e Natural do Brasil, em outubro de 1971, produziu o "Compromisso de Salvador", que em sua recomendação n. 3, propõe a criação de legislação complementar no sentido de proteção mais eficiente dos conjuntos paisagísticos, arquitetônicos, urbanos de valor cultural e de suas ambiências.⁸

Porém, mesmo assim, muitos técnicos e o próprio conselho consultivo do IPHAN da época tinham problemas para compreender as novas tendências preservacionistas frente ao velho conceito de excepcionalidade, a ponto de haver dificuldade prática de se propor a preservação de qualquer coisa que não se referisse a barroco e a colonial, com suas igrejas e santos tidos como sinônimo do verdadeiro "patrimônio".⁹

O Estado de São Paulo, através do seu órgão de tombamento, o Condepahaat (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico), capitaneado pelo eminente geógrafo Aziz Ab' Saber, inovou profundamente na sua atuação, ao tomar ecossistemas como a Serra do Japi ou a Serra do Mar, trazendo à baila a preservação de bens naturais pelo seu valor ecológico e não meramente paisagístico.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 24.07.1985), por sua vez, consagrou a possibilidade da preservação de bens e direitos de valor cultural pela via judicial, ainda que não tombados (art. 1.º, inc. III). E nada mais justo, na medida em que o tombamento, como ato administrativo declaratório e constitutivo, representa apenas o reconhecimento pelo Poder Público de um valor cultural pré-existente e da necessidade de preservá-lo para sempre.

⁽⁸⁾ *Anais do II encontro de governadores para preservação do patrimônio histórico, artístico e natural do Brasil*. p. 376.

⁽⁹⁾ FARIA, Luiz de Castro. Nacionalismo, nacionalismos – dualidade e polimorfia, in *A invenção do patrimônio*. p. 38.

Portanto, é absolutamente natural que existam bens de relevante valor cultural que ainda não tenham sido tombados por falta de oportunidade, desconhecimento ou mesmo omissão do Estado e nem por isso possam ser relegados ao esquecimento e à destruição. Por outro lado, eventual cancelamento de tombamento não tem o condão de eliminar o valor cultural que determinado bem já possuía.

A ação civil pública é instrumento legal adequado para a declaração de valor cultural de bens não tombados administrativamente, como vem sendo consagrado pela jurisprudência pátria: "Não há restrição ao poder revisional dos Tribunais sobre o juízo da Administração, quando esta não reconhece os valores de vida, referidos na Lei 7.347/85.

É da nossa organização política a posição superposta de Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de Lei".¹⁰

Como se vê, apesar de algumas incompreensões, as forças sociais estavam, mesmo sob a égide do regime constitucional de 1967, a pressionar pela modernização do sistema de preservação previsto no velho Dec.-lei 25/37, o que viria a ocorrer, de forma especialmente auspiciosa, na promulgação da Carta de 1988.

5. O patrimônio cultural brasileiro e a Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 viria a conciliar o nosso ordenamento jurídico com a vanguarda dos conceitos internacionais de patrimônio cultural. O seu art. 216 constituiu-se, a partir de então, na espinha dorsal do sistema de preservação dos valores culturais brasileiros, pelo que pedimos vênica para transcrevê-lo:

⁽¹⁰⁾ RT658/91. Vide também excelente sentença de primeiro grau proferida pelo Juiz Álvaro Luiz Valery Mirra na 2.ª Vara da Comarca de Sertãozinho – SP, in *Revista de Direito Ambiental* 1/219-227.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I — as formas de expressão;

II — os modos de criar, fazer e viver;

III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1.º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2.º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4.º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5.º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos."

O *caput* do art. 216 rompeu com a tradição do Direito Constitucional brasileiro ao inserir o conceito de patrimônio cultural e o fez de forma muito feliz, abraçando simultaneamente os conceitos de "valor histórico", já que prescreve a

proteção de bens "individualmente ou em conjunto" desde que "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" sem exigir que sejam de "valor excepcional" e ainda os de "valor sociológico", eis que consagra a defesa de bens imateriais ao lado dos materiais tradicionais. Também exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que o seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural. Que, aliás, é *brasileiro*, não havendo que se falar em "patrimônio de interesse estadual ou regional" ou "de interesse municipal ou local", como querem alguns autores, o que acaba fornecendo argumentos para justificar a omissão dos órgãos de preservação mais organizados (federais e estaduais) diante da dilapidação cultural sistemática que vem sendo praticada em cidades que a soberba de alguns técnicos considera "desinteressantes" do ponto de vista patrimonial.

Tal posição, é preciso ressaltar-se, não tem nenhum amparo legal, muito menos constitucional, contribuindo, isto sim, para transformar moradores de cidades pequenas e pobres em cidadãos de 2.ª classe, sem direito à memória.

Os dois primeiros e o terceiro inciso em parte consagram a preservação dos valores imateriais, de conteúdo sociológico e antropológico. Trata-se de um patrimônio em geral intangível, não tridimensional, mas científico, de conhecimentos, de tecnologia, de todas as disciplinas, erudito e popular. E é exatamente a imaterialidade e a mutabilidade dinâmica que caracterizam tal categoria de bens que inviabilizam, em princípio, a sua preservação pelo tombamento. O instituto jurídico do tombamento pressupõe bens materiais razoavelmente determinados, cujas características primordiais pretende-se preservar sem alterações. Assim, parece-nos que o Poder Público deve urgentemente regulamentar a pre-

servação dos bens imateriais, na forma de lei, para que não se percam relevantes valores culturais da sociedade brasileira.

O quarto inciso enumera espaços e instrumentos utilizados em manifestações artístico-culturais. Tais espaços não precisam ter intrinsecamente valor cultural, mas apenas sediar ou serem utilizados em atividades que o tenham, o que se constituiu em mais uma inteligente inovação do legislador constitucional. Parece-nos que tais bens e espaços podem, em princípio, serem preservados pelo tombamento. Este inciso ainda abarca os tradicionalmente protegidos bens móveis de valor cultural, porém, ressalte-se, que sem a exigência de terem qualidades "excepcionais", nem de serem previamente tombados.

O quinto inciso elenca os bens imóveis tradicionalmente preservados pelas constituições anteriores. Mesmo assim, ainda inova pela menção expressa de "conjuntos urbanos", privilegiando o valor histórico-documental em relação ao excepcional. Pode-se criticar a ausência de referência expressa a imóveis individualizados e àqueles situados em área rural. Entretanto, tal omissão pode ser suprida pelo *caput* do art. 216 que menciona bens "tomados individualmente ou em conjunto", podendo incluir imóveis rurais desde que "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira".

O inciso V também apresenta inovação ao tornar suscetível de proteção, além do patrimônio arqueológico, que é constituído por restos de culturas e civilizações hoje não mais existentes ou bastante alteradas, também do paleontológico, que é o formado por fósseis, isto é, restos e vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares. Porém, a situação atual do patrimônio paleontológico chega a ser estarrecedora. A única norma existente a respeito é o Dec.-lei 4.146 de 04.03.1942 que declara, em seu único artigo e parágrafo, que os depósitos fossilíferos são propriedade da nação, sendo necessário

para sua exploração, autorização prévia do DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral), órgão do Ministério da Indústria e Comércio, a quem cabe a fiscalização. As explorações efetuadas por órgãos públicos independem de autorização ou fiscalização, cabendo-lhes apenas efetuar comunicação prévia ao DNPM. Não é sem motivo, portanto, que o patrimônio fossilífero seja objeto atualmente da mais completa e sistemática depredação, já que o legislador infra-constitucional designa um órgão licenciador de atividades minerárias como responsável pela sua proteção, ou melhor, seu abandono.¹¹ Urge regulamentar-se nesse aspecto tal inciso, pela via legal, para buscar reverter a lamentável situação atual do nosso patrimônio paleontológico.

Ainda o mesmo inciso destaca o valor ecológico com fundamento para a integração de bens ao patrimônio cultural brasileiro. Nesse aspecto, a Carta Maior abraçou a melhor doutrina italiana, que distingue a existência de bens cuja existência se deve apenas à natureza e outros resultantes da intervenção humana, sendo todos bens ambientais.¹² O mais importante é que a forte interligação entre bens naturais e resultantes de agenciamento humano, deve ser sempre levada em conta por todo o profissional que atua nessas áreas. Os princípios jurídicos do Direito Ambiental também são aplicáveis às questões do patrimônio cultural.¹³ Parece-nos também possível enquadrar os bens de valor espeleológico (grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas), não expressamente mencionados no bojo do art. 216 da Carta Magna, entre aqueles de valor ecológico.

⁽¹¹⁾ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Op. cit., p. 119.

⁽¹²⁾ Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural, papel da ação civil pública, in *Ação Civil Pública*. RT, p. 293-294.

⁽¹³⁾ Op. cit., p. 296.

Outra questão fundamental referente aos incisos do art. 216, é que estes formam uma lista exemplificativa, de tal forma que o legislador constitucional, não pretendendo esgotar uma rica e dinâmica realidade, deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais. Assim, qualquer bem pode vir a integrar o patrimônio cultural brasileiro, desde que seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos termos do *caput* do art. 216.

O § 1.º do art. 216 consagra o princípio da participação, informativo do Direito Ambiental, que consta do princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992: “trata-se mais adequadamente das questões ambientais assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, em nível pertinente”. Termina o princípio referido: “o acesso às ações judiciais e administrativas, aí compreendidas as ações que visem a imposição de sanções e a obtenção de reparações, deve ser assegurado”.¹⁴

Na legislação ambiental vemos, atualmente, pelo menos três vertentes da participação: primeira – participação das pessoas, através das organizações não-governamentais, nos conselhos ambientais; segunda – participação das pessoas e entidades na fase de comentários e na fase da audiência pública no procedimento de estudo de impacto ambiental e terceira – participação em ações judiciais.¹⁵

No que tange ao patrimônio cultural, apenas a terceira vertente concretiza-se integralmente, eis que é possível uma organização não-governamental que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e incluindo entre seus

objetivos a proteção do patrimônio cultural, mover ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao mesmo (art. 1.º, inc. III c.c. art. 5.º, incs. I e II da Lei 7.347/85). Outrossim, qualquer cidadão pode propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5.º, inc. LXXIII da Constituição Federal). Quanto à segunda vertente, esta só se efetiva quando houver uma questão de patrimônio cultural envolvida acessoriamente em algum projeto, cuja licença dependa de estudo de impacto ambiental, eis que a legislação de patrimônio cultural não prevê expressamente a aplicação desse instituto jurídico e em geral os órgãos de preservação não dispõem de equipe com formação adequada para tratar do EIA/RIMA. No que diz respeito à primeira vertente, esta praticamente nunca se efetiva, já que os conselhos de tombamento insistem em manter marginalizados da esfera decisória as organizações não-governamentais. São tais conselhos formados geralmente por membros de órgãos governamentais e designados por corporações profissionais, muitas vezes demonstrando total insensibilidade diante da opinião da comunidade, que no final das contas, é a produtora dos bens culturais que se pretende defender.

Ao nosso ver, essa discriminação contra entidades não-governamentais em conselhos de preservação, que felizmente já vêm participando construtivamente de órgãos colegiados ambientais de longa data, é totalmente inconstitucional, pois impede a colaboração da comunidade prescrita no § 1.º do art. 216 da Carta Maior.

Mais adiante, o § 1.º deixa perfeitamente claro que o tombamento prévio não é requisito único para que um bem possa integrar o patrimônio cultural brasileiro, estando prescritos ainda outros meios como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Dentre estes últi-

(14) MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito internacional e a política ambiental brasileira, in *Dano Ambiental*. RT, p. 401.

(15) Op. cit.

mos, é de se destacar a preservação pelo Poder Legislativo através de lei específica e pelo Poder Judiciário através de decisão judicial. É importante ressaltar que institutos como inventários, registros e vigilância e outros meios de preservação não especificados, após quase 10 anos da promulgação da Constituição, não foram devidamente regulamentados por lei, o que é de se lamentar profundamente.

O § 2.º que trata da consulta de documentos de interesse cultural, foi regulamentado pela Lei Federal 8.159 de 08.01.1991, que dispõe sobre a Política Nacional dos Arquivos Públicos e Privados.

O § 3.º também contém dispositivo essencial à preservação do patrimônio cultural. À medida que o Poder Público tomba um bem cultural, ele assume a obrigação de agir conjuntamente em defesa do bem protegido, devendo incentivar e auxiliar técnica e financeiramente o proprietário particular. Essa omissão do Poder Público, que deixa todos os ônus da preservação ao proprietário, é que pode as vezes acarretar prejuízos a este último. Isto não significa que o tombamento implique por si mesmo na obrigação de indenizar o proprietário. O que pode muitas vezes ocorrer é uma má gestão do tombamento, que pode ser corrigida pelo Poder Público, em havendo pelo menos um pouco de boa vontade política.

No § 4.º encontra-se o fundamento para punição civil e penal dos detratores do patrimônio cultural. A responsabilidade no campo civil desses detratores encontra-se inserida na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos aos Interesses Difusos). Quanto à sua responsabilidade penal, esta é objeto da Lei 9.605 de 12.02.1998, como se verá adiante.

O § 5.º tombou expressamente todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Neste ponto foi infeliz o legislador constitucional. Como já dissemos, o ato

de tombamento pressupõe bem de características perfeitamente identificadas, as quais deverão ser a partir do tombamento, provisório ou permanente, em princípio, mantidas para sempre sem alteração.

Ora, antes de se tombarem documentos e sítios remanescentes dos quilombos é preciso identificá-los. De nada adianta tombarem algo que não conhece, pois não há como protegê-lo; muito menos os vários sítios remanescentes que tenham valor exclusivamente arqueológico. Para a fruição de um sítio arqueológico é preciso muitas vezes desmontá-lo cientificamente, recolhendo e identificando os artefatos nele encontrados. Ora, se o sítio está tombado, não pode ser modificado, o que inviabiliza a pesquisa arqueológica, impedindo, assim, a sua integração ao patrimônio cultural brasileiro.

6. Os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural

Como já vimos atrás, o art. 134 da Constituição de 1937 fundamentou a criação de dois tipos penais de dano inseridos no CP e que são os seguintes: Art. 165 (Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico) – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 166. (Alteração de local especialmente protegido) – Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Esses tipos penais, que já apresentavam algumas sérias deficiências na origem, como a ausência de modalidade culposa e a exigência descabida de tombamento de bem arqueológico, acabaram por ser praticamente inaplicáveis.

Diante do novo regime constitucional de 1988, que não exige tombamento prévio para que um bem integre o patrimônio cultural brasileiro, as deficiências tornaram-se mais gritantes e se fazia necessária uma reformulação desses tipos penais para reconciliá-los com a Lei Maior.

Destarte, foi promulgada a Lei 9.605 de 12.02.1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Neste diploma legal encontramos a Seç. IV do Cap. V dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, que estão dispostos nos arts. 62 a 65 e que derrogaram os arts. 165 e 166 do CP:

6.1 Artigo 62

Destruir, inutilizar ou deteriorar:

“I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena – reclusão, de um a três anos e multa.

Par.ún.: Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.”

6.1.1 Objeto material

Pelo inciso I, é qualquer bem que tenha proteção por seu valor cultural através de lei específica, ato administrativo, onde estão incluídos o tombamento provisório e definitivo, além de outras formas de acautelamento (art. 216, § 1.º da CF) ou decisão judicial.

Pelo inciso II, é arquivo (local onde são guardados documentos escritos), registros (instituição, repartição ou cartório onde se faz a inscrição, ou transcrição

de atos, fatos, títulos e documentos a fim de autenticá-los e dar-lhes força de prevalecer contra terceiro), museu (local destinado ao estudo, reunião e exposição de obras de arte, de peças e coleções científicas ou objetos antigos), biblioteca (coleção de livros dispostos ordenadamente para estudo e consulta), pinacoteca (coleção de pinturas), instalação científica (conjunto de aparelhos ou peças destinado à atividade de interesse da ciência) ou similar, desde que seja protegido por lei, por ato administrativo, ou decisão judicial.

Entre os aqui protegidos, estão todos aqueles bens materiais mencionados nos incs. III, IV e V do art. 216 da Constituição Federal.

Não é necessário que o bem cultural esteja, como no regime penal anterior, protegido por tombamento provisório ou definitivo, que tem idênticos efeitos (art. 10 do Dec.-lei 25/37). Qualquer ato administrativo poderá protegê-lo, a partir de sua publicação. Também por força de lei, a partir de sua vigência, seja ela específica para o caso concreto, trate de posturas urbanísticas, normas de uso do solo, planejamento urbano etc., ou ainda a própria Lei Maior, como no caso dos quilombos. A decisão judicial, ao nosso ver, não precisa ser sentença transitada em julgado; pode ser provisória, desde que exequível contra todos. Outros meios de acautelamento e proteção poderão ainda vir a ser criados em benefício dos bens culturais, como autoriza a Constituição Federal.

Entendemos que os bens mencionados no inciso II, incluem não apenas a edificação, como também o acervo completo. Destarte, para a consumação do delito basta que o dano atinja o edifício ou um dos objetos que integrem seu acervo.

Parece-nos que quando as instituições mencionadas no inciso II forem criadas pelo Poder Público, por lei ou outro ato administrativo, já deverão ser consideradas protegidas para fins penais, pelo sim-

ples fato de existirem. Pois, se o Poder Público decidiu criar um arquivo, museu, biblioteca ou similar, presume-se que já reconheceu o valor cultural de um determinado acervo que se pretende ver preservado. Outro entendimento, colocaria em sério risco a esmagadora maioria dos bens que se pretende proteger, tornando inócuo o tipo criminal. Basta verificar-se que num universo de mais de 900 museus catalogados em 1984, a grande maioria públicos,¹⁶ apenas 19 acervos museológicos estão tombados em nível federal.¹⁷

6.1.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime do art. 62 e incisos é punido a título de dolo, ou seja, quando o agente por vontade livre e consciente praticar a ação criminosa, isto é, destruir, inutilizar ou deteriorar os bens mencionados nos incs. I e II. Admite-se também a forma culposa, pelo par.ún. do art. 62, quando a destruição, inutilização ou deterioração do bem resultar de negligência, imprudência ou imperícia do agente, o que constitui um grande avanço com relação ao regime penal anterior.

Assim, o delito culposo pode ser imputado, por exemplo, ao técnico que causar danos a um quadro durante sua restauração.

6.1.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo do tipo é destruir, inutilizar ou deteriorar qualquer dos bens indicados nos incs. I e II. Destruir é demolir, arruinar, aniquilar, exterminar, fazer desaparecer, dar cabo. Inutilizar é tornar inútil ou imprestável, invalidar. Deteriorar é danificar, estragar, fazer apodrecer.

Os bens elencados nos itens I e II, por sua vez, devem estar protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

6.1.4 Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa que, por culpa ou dolo, inutiliza, destrói ou deteriora algum dos bens elencados, desde que penalmente imputável. Até mesmo o proprietário poderá ser sujeito ativo desse crime, eis que os bens protegidos o são por interesse da coletividade. Admite-se a co-autoria, nos termos do art. 2.º, e a responsabilização da pessoa jurídica, segundo o disposto no art. 3.º, ambos da Lei 7.605/98.

6.1.5 Sujeito passivo

O sujeito passivo do crime em questão é a coletividade, já que o bem tutelado é o patrimônio cultural e, enquanto interesse difuso, pertencente, portanto, a toda a sociedade. Também será o proprietário do bem, se este, evidentemente, não for o sujeito ativo do delito.

6.1.6 Consumação e tentativa

O delito em tela é de natureza instantânea, considerando-se consumado com a destruição, inutilização ou deterioração parcial ou total do bem protegido.

Admite tentativa quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, este não consegue destruir, inutilizar ou deteriorar o bem. Por exemplo, quando o agente inicia a execução do crime e se vê obrigado a paralisar sua atividade, eis que o guarda do local percebe sua intenção e o surpreende.

6.1.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada, conforme o art. 26 da Lei 9.605/98. É

⁽¹⁶⁾ SANTOS, Fausto Henrique e *et al.* *Catálogo dos museus do Brasil*, 1984.

⁽¹⁷⁾ *Bens móveis e imóveis inscritos nos livros de tombo do IPHAN*, 1994.

aplicável a suspensão condicional da pena nos termos do art. 16 da Lei 9.605/98. Aplica-se à modalidade culposa o procedimento do Juizado Especial Criminal, eis que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, por força do art. 61 da Lei 9.099/95.

6.2 Artigo 63

“Alterar o aspecto ou estrutura de edificação em local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos e multa.”

6.2.1 Objeto material

É o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Logo o objeto é sempre um imóvel.

O art. 63 não menciona expressamente o valor paleontológico, que é relativo aos fósseis. Entretanto, este pode ser inserido na expressão “valor cultural”, tendo em vista o *caput* do art. 216 c.c. o inc. V do mesmo dispositivo da Constituição Federal. Desta forma, também é bem tutelado por este artigo, o sítio de valor paleontológico, o qual também é cultural.

Apesar de não existir referência expressa ao valor espeleológico, que é relativo a grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas, podemos incluir estes bens entre aqueles de valor ecológico, eis que se tratam de ecossistemas frágeis, raros e de grande relevância.

6.2.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime em tela é punido apenas a título de dolo, isto é, a vontade livre e consciente do agente de alterar o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

6.2.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo caracteriza-se pela conduta de alterar parcial ou totalmente, por qualquer meio, ou aspecto, ou estrutura de edificação, ou local especialmente protegido. Alterar é mudar, modificar, transformar. Aspecto é a aparência de uma coisa. Estrutura é a disposição e ordem das partes da coisa. A coisa, no caso, é uma edificação ou local. Parece-nos que se a alteração ocorre num imóvel que sofre restrições de ocupação por seu valor ecológico, por força de lei de uso do solo ou mananciais, também ocorre o delito em tela.

6.2.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário, que altere a edificação ou local especialmente protegido, desde que sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida. É possível a co-autoria (art. 2.º da Lei 9.605/98) e a imputação à pessoa jurídica (art. 3.º da mesma lei).

6.2.5 Sujeito passivo

É a coletividade e também o proprietário, se este não for sujeito ativo do crime.

6.2.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a alteração da edificação ou local especialmente protegido. A tentativa é possível.

6.2.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada (art. 26 da Lei 9.605/98). É aplicável a suspensão condicional da pena (art. 16 da mesma lei).

6.3 Artigo 64

“Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerando em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização ou em desacordo com a concedida.

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

6.3.1 Objeto material

É o solo não edificável, portanto imóvel, assim considerado em razão de seu valor ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental. Estão também incluídos os imóveis circunvizinhos, portanto, situados no entorno, sem valor especial, cuja edificação venha a prejudicar aquele bem não edificável protegido.

Embora o texto do artigo seja omissivo, parece-nos que a determinação do valor que justifique a não edificabilidade de um imóvel deve resultar de lei, ato administrativo ou decisão judicial, por analogia com os arts. 62 e 63. Por outro lado, igualmente lei, ato administrativo ou decisão judicial devem demarcar o seu entorno e as restrições que sobre ele recaiam.

Consideramos este delito aplicável a quem edificar em local não permitido ou em seu entorno, assim declarados por lei de uso do solo ou de proteção a mananciais.

A edificação sem autorização no entorno de bem tombado só é criminalizada neste artigo quando o bem em tela for não edificável, isto é, por exemplo, uma praça

ou parque. Se o bem for edificado, por exemplo, um prédio histórico, o delito aplicável é o do art. 63. Trata-se de uma contradição, eis que a construção sem autorização no entorno de bem edificado é apenada de forma mais severa do que no caso de bem não edificável, sendo ambas as infrações de natureza semelhante.

6.3.2 Elemento subjetivo de tipo

Este crime é punido apenas na modalidade dolosa.

6.3.3 Elemento objetivo

O elemento objetivo caracteriza-se pelo ato de construir em local não edificável ou seu entorno sem a devida autorização da autoridade competente ou em seu desacordo. Construir significa edificar, erigir edificação.

6.3.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável que construa em solo não edificável, ou no seu entorno sem autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a concedida. É possível a co-autoria, nos termos do art. 2.º e a imputação à pessoa jurídica, segundo o art. 3.º da Lei 9.605/98.

6.3.5 Sujeito passivo

É a coletividade, além do proprietário do local, se o mesmo não for o sujeito ativo do crime.

6.3.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com o início da construção no local não edificável ou seu entorno. A tentativa é possível.

6.3.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada, de acordo com o art. 26 da Lei 9.605/98.

Aplica-se-lhe a Lei 9.099/95, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

gângues de vândalos denominados pichadores ou grafiteiros.

6.4 Artigo 65

“Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Par.ún. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano, de detenção e multa.”

6.4.1 Objeto material

É qualquer edificação ou monumento urbano. Edificação é edifício, construção, casa, prédio. Monumento é obra ou construção que se destina a transmitir à posteridade a memória de fato ou pessoa notável. Urbano é aquilo que se situa na cidade e não na zona rural.

Embora o conceito legal de monumento possa atingir bens naturais (por exemplo o Monte Pascoal, Monumento Nacional pelo Dec. 72.107 de 18.04.1975), edificações majestosas e até cidades inteiras (por exemplo Ouro Preto, Monumento Nacional pelo Dec. 22.928 de 12.07.1933), não são essas as modalidades que o legislador pretende ver tuteladas por este artigo. Afinal, os danos causados contra monumentos naturais encontram-se criminalizados na Seção II da Lei 9.605/98 (Dos Crimes contra a Flora). O crime de dano cometido contra edificações monumentais e cidades-monumento já é aquele do art. 62 da mesma lei.

O que o legislador busca proteger aqui são as edificações comuns e os monumentos situados a céu aberto em logradouros públicos, tais como bustos, esculturas, estátuas, obeliscos, arcos, chafarizes, marcos e outros, da ação desfiguradora de

6.4.2 Elemento subjetivo do tipo

O crime do art. 65 é punido apenas a título de dolo.

6.4.3 Elemento objetivo do tipo

O elemento objetivo caracteriza-se pela conduta de pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar as edificações ou monumentos urbanos. Pichar é escrever em muros ou paredes, inclusive dizeres políticos. Grafitar é efetuar desenhos em muros ou paredes. Conspurcar é sujar, macular.

Assim, é considerado delito tanto desenhando quanto escrever, inscrições de conteúdo político, eleitoral ou propagandístico, quando efetuadas em edificações, ainda que com autorização do proprietário, ou monumentos urbanos.

É nosso entendimento que este delito não inclui, em verdade, a pintura de painéis e grafites de conteúdo efetivamente artístico, muitas vezes realizados por artistas de qualidade, até mesmo com incentivo do Poder Público e que se constituem em legítimas manifestações culturais que não podem ser confundidos com os traços estereotipados, grotescos e sem sentido utilizados pelos pichadores, nem com propaganda política ou inscrições publicitárias. Não existe aqui o ato de sujar ou macular a edificação. Um exemplo é o da pintura efetuada pela artista Tomie Ohtake na empena de edifício situado à Rua Xavier de Toledo em São Paulo. Tal painel além de não estar conspurcando aquele edifício, é um fator de embelezamento, não só do prédio, como daquela região da cidade, onde a paisagem é bastante triste e cinzenta.

Quanto às inscrições político-eleitorais, estas estão, ao nosso ver, muito bem incluídas na infração do art. 65, eis que num país democrático, os candidatos de-

vem ter modos mais inteligentes de anunciar suas candidaturas e transmitir idéias aos eleitores, que não sejam simplesmente emporcalhar os muros e paredes das cidades que pretendem governar. O candidato a cargo político deve ser o primeiro a zelar pela coisa pública e dar exemplo aos outros cidadãos. Se não for capaz disso, *data venia*, não merece ser eleito.

6.4.4 Sujeito ativo

É qualquer pessoa penalmente imputável, inclusive o proprietário, quando o bem for particular, que pichar, grafitar ou conspurcar edificação ou monumento urbano. É possível a co-autoria, de acordo com o art. 2.º e a imputação do delito à pessoa jurídica, nos termos do art. 3.º da Lei 9.605/98.

6.4.5 Sujeito passivo

É a coletividade e também o proprietário, se este não for sujeito ativo do crime.

6.4.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se pela prática do ato de pichar, grafitar ou conspurcar por outro meio os bens que se pretende proteger, edificações e monumentos públicos. É possível a tentativa.

6.4.7 Ação penal

A ação penal é pública e incondicionada (art. 26, da Lei 9.605/98), sendo possível a suspensão condicional da pena (art. 16 da mesma lei). Aplica-se-lhe o procedimento prescrito na Lei 9.099/95, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, de acordo com o art. 61 do mesmo diploma legal.

6.4.8 Parágrafo único

O delito do *caput* do art. 65 possui uma circunstância agravante inserida em seu

parágrafo único. Ou seja, se o crime for praticado em monumento ou coisa tombada em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

Andou mal o legislador ao redigir este parágrafo único. Retrocedeu aos tempos anteriores à carta constitucional vigente. A agravante só menciona “coisa tombada,” enquanto os arts. 62 e 63, dentro do espírito do art. 216 da CF, já analisado detalhadamente acima, utilizou a expressão “protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”. Portanto, apenas os bens tombados é que são tutelados por esse parágrafo, e ainda apenas aqueles em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico. Cumpre ressaltar mais uma vez, que o tombamento não é o meio adequado para preservar sítios arqueológicos, o que não foi levado em conta pelo legislador.

Sendo assim, se a pichação atingir um monumento protegido por lei de uso do solo municipal ou decisão judicial, porém não inscrito em livro de tombo, a punição será a prevista para o *caput* e incs. do art. 65. Este equívoco ainda apresenta maior relevância quando observamos que a esmagadora maioria de monumentos situados em logradouros públicos não é tombada, nem jamais o será.

Além do mais, parece-nos que o monumento, neste caso, tem muito pouco a ganhar com o tombamento. O delito prescrito neste parágrafo único confunde-se com o do *caput*, do art. 65, eis que o ato de pichar implica em deteriorar e o monumento ou coisa tombada inclui-se entre os bens especialmente protegidos por ato administrativo, de que trata o inc. I do mesmo artigo. Só que as penas do delito doloso do art. 62 são maiores e mais graves (reclusão de um a três anos e multa) do que as do art. 65, par.ún. (detenção de seis meses a um ano, e multa).

Conclui-se então que, equivocadamente, o legislador premiou o pichador de

coisa tombada com pena inferior ao do agente que cause deterioração do mesmo bem, por outra forma. De outro lado, pichar coisa protegida por lei, ato administrativo diverso de tombamento ou decisão judicial, acabou por tornar-se crime mais grave do que pichar coisa tombada, o que se constitui numa grande incoerência.

7. Considerações finais

A Lei 9.605 de 12.02.1998 constitui-se, em nossa opinião, numa iniciativa de grandeza sem precedentes na busca da sistematização do Direito Ambiental. A amplitude e a diversidade das questões envolvidas, sem dúvida, exigiram um esforço verdadeiramente hercúleo para a sua elaboração, o que justifica a existência de algumas deficiências que poderão mais adiante ser corrigidas pelo legislador e pela jurisprudência.

Do ponto de vista do patrimônio cultural, a lei está promovendo uma verdadeira reconciliação do Direito Criminal, que se encontrava seriamente defasado, tendo em vista os arcaicos e ineficazes dispositivos do Código Penal, com os mais modernos conceitos preservacionistas que foram abraçados pela Carta Maior de 1988.

Um dos avanços mais importantes foi a superação dos critérios da excepcionalidade e oficialismo impostos pelo Dec.-lei 25/37, através da ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial. Também foi de suma importância a criação da modalidade culposa do art. 62, o qual, pelo que nos parece, será o eixo sobre o qual girará a tutela penal do patrimônio cultural a partir de agora.

Entretanto alguns defeitos devem ser apontados, não no intuito de denegrir o árduo trabalho já realizado, mas tão-somente para contribuir para o aperfeiçoamento daquilo que vier a ser feito no futuro, com o intuito de favorecer a preservação dos bens culturais brasileiros.

Destarte, não encontramos na Lei 9.605/98 a criminalização de condutas atentatórias aos bens imateriais ou intangíveis, malgrado sua tutela constitucional nos incs. I, II e, até certo ponto, III do sempre citado art. 216 da Lei Maior.

Verifica-se também a timidez com que foi tratada a tutela penal do ordenamento urbano, contemplada com uma única infração, aquela prescrita no art. 65 e parágrafo. Seria importante punir-se criminalmente as condutas de desrespeito às leis de uso do solo, aos planos diretores, lamentavelmente tão comuns em nosso país e que se incluem entre as maiores responsáveis pela caótica situação ambiental das grandes e médias cidades brasileiras.

A exportação de bens culturais móveis sem autorização deveria ser apenas especificamente. A legislação vigente resume-se à Lei 4.845 de 19.11.1965, que proíbe a saída de obras de arte produzidas no Brasil até o final do regime monárquico (art. 1.º) e ainda, aquelas portuguesas que se incorporaram ao meio nacional até o fim do mesmo período (art. 2.º). O mesmo diploma legal veda também a saída de obras estrangeiras produzidas no mesmo período e que representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a história, paisagens e costumes do Brasil (art. 3.º). A única pena que esta lei prescreve no caso de sua violação é o seqüestro pela União ou Estado, em proveito dos respectivos museus (art. 5.º). Pois bem, se a coisa já estiver fora do país, como seqüestrá-la? Trata-se de dispositivo de aplicabilidade no mínimo duvidosa. Urge tomar sérias medidas para se evitar a saída de obras de arte importantes, como o "Abaporu", óleo de Tarsila do Amaral que já não mais está em território nacional.

Os artigos da lei diretamente ligados ao patrimônio cultural também apresentaram algumas contradições, como a do entorno do art. 64 frente ao art. 63 e a

conduta do par.ún. do art. 65 diante do art. 62, já comentadas anteriormente.

De resto, parece-nos que as penas aplicáveis aos casos em tela são muito baixas, sendo os crimes considerados todos de pequeno potencial ofensivo ou sujeitos à suspensão condicional da pena, sem contar os prazos curtos de prescrição, o que nos parece muito pouco diante da relevância dos valores sociais ofendidos.

Bibliografia

- Anais do II Encontro de Governadores para preservação do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e natural do Brasil, realizado em Salvador/BA, de 25 a 29.10.1971. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, IPHAN n. 26, 1973.
- Bens móveis e imóveis inscritos nos livros de tombo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura, IPHAN, 1994.
- Cartas patrimoniais. Brasília : IPHAN, 1995. (Caderno de documentos n. 3).
- Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1994/1995.
- FARIA, Luiz de Castro. Nacionalismo, nacionalismos – Dualidade e polimorfia: à guisa de depoimento e reflexão, in *A invenção do patrimônio*, org. Márcia Chuva. Rio de Janeiro, Ministério da Cultura, IPHAN, 1995 (Série Debates 2).
- FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo : RT, 1995.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- . *Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira*, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo : RT, 1993.
- MILARÉ, Édís. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- PARIZATTO, João Roberto. *Dos crimes contra o patrimônio*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília : Ministério da Educação e Cultura/IPHAN/Pró-Memória, 1980.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico. *Revista de Direito Ambiental* 6. São Paulo : RT, 1997.
- . *Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural. Papel da ação civil pública* (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação), coord. Édís Milaré. São Paulo : RT, 1995.
- SANTOS, Fausto Henrique dos, MOURA, Fernando Meneses de, FERNANDES, Neusa. *Catálogo dos museus do Brasil, n.c.*, Associação Brasileira de Museologia e Xerox do Brasil S/A, 1984.
- SIRE, Marie-Anne. *La france du patrimoine, les choix de la mémoire, n.c.*, *Decouvertes Galimard/Caisse Nationale de Monuments Historiques et des Sites/Mémoire des Lieux*, 1996.