

ESCOLA DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOUTORADO EM DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E TEORIA DO CRIME

MICHAEL SCHNEIDER FLACH

**A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E EM PORTUGAL, E DA
NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM ESTATUTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
BRASILEIRO.**

Porto Alegre

2023

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

MICHAEL SCHNEIDER FLACH

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E EM
PORTUGAL, E DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM
ESTATUTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO.

Tese apresentada como requisito para a obtenção de
grau de Doutor pelo programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais – Escola de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila

Porto Alegre
2023

Ficha Catalográfica

F571r Flach, Michael Schneider

O regime jurídico de proteção do patrimônio cultural no Brasil e em Portugal : Da necessidade da articulação e do incremento dos instrumentos nos âmbitos administrativo, civil, e penal, assim como da codificação das normas brasileiras para uma tutela multidimensional do bem jurídico / Michael Schneider Flach. – 2023.

555.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila.

1. Patrimônio Cultural. 2. Regime Jurídico do Brasil e Portugal. 3. Direito Penal e Constituição. 4. Princípio da Proporcionalidade e Proibição da Insuficiência. 5. Estatuto Protetivo. I. D'Ávila, Fábio Roberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

MICHAEL SCHNEIDER FLACH

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E EM
PORTUGAL, E DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM
ESTATUTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Tese apresentada como requisito para a obtenção de
grau de Doutor pelo programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais – Escola de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Carlos Magno de Souza Paiva

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas

Prof. Dr. Rodrigo Oliveira

Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila

Porto Alegre

2023

A tese em apreço aborda o regime de proteção do patrimônio cultural, no Brasil e em Portugal, examinando os mecanismos de defesa, questionando a sua suficiência e propondo a necessidade do incremento do sistema de tutela, como também a construção de uma codificação das normas brasileiras, dentro de um compêndio próprio, cujo corpo esteja destinado especificamente para que se erija uma rede de promoção e proteção eficiente do bem jurídico em pauta.

Dividido em três tomos, o estudo examina os mecanismos protetivos do patrimônio cultural no direito brasileiro, passa pelo emprego dos instrumentos de ordem penal e finda com a análise do regime de proteção do direito português, em nível de princípios, de direito constitucional, civil, administrativo e penal. Ainda, traça um comparativo das virtudes do ordenamento lusitano em relação ao brasileiro e preconiza apontamentos para a aproximação entre ambos, no sentido de que, em território nacional, possa ser construída uma tutela mais digna e eficaz do patrimonio cultural, a qual especialmente passaria pela sistematização das normas esparsas e pelo estabelecimento de um estatuto único e próprio da matéria.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural; Regime Jurídico do Brasil e Portugal; Direito Penal e Constituição; Princípio da Proporcionalidade e Proibição da Insuficiência; Estatuto Protetivo.

ABSTRACT

The present thesis analyses Brazilian and Portuguese cultural heritage legal systems of protection, from examination and questioning of the sufficiency of the defense mechanisms established by each country. In addition, it will be presented some proposals with the aim of improving the Brazilian body of law about this subject, including the creation of one Code of Cultural Heritage thought in favor of its promotion and protection.

The work is divided into three volumes, all of them based in constitutional, civil, administrative and criminal principles and structures. The first one examines the law about cultural heritage protection in Brazil. In sequence, it studies the use of criminal law to boost that indicated goal and finalize studying its protection system according to Portuguese law. Furthermore, it compares the Portuguese and the Brazilian law system about cultural heritage, indicating points for their approximation, more specifically for a future new regulation in the latter country. As a conclusion, it will be sustained the necessity of a better systematization of current law, from by the establishment of its proper code.

Keywords: Cultural Heritage; Brazilian and Portuguese legal system of protection; Criminal Law and Constitution; Proportionality and Insufficiency prohibition; Laws of protection.

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO PÁTRIO	
1 JORNADA EVOLUTIVA	12
1.1 DOS PRIMÓRDIOS AO PRESENTE DA PRESERVAÇÃO	13
1.2 CRONOLOGIA NACIONAL PROTETIVA	33
2 A CONSISTÊNCIA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	44
2.1 A CONCEITUAÇÃO DE PATRIMÔNIO E DE BEM CULTURAL	44
2.2 CONCEITOS PREVISTOS EM DISPOSIÇÕES NORMATIVAS	58
2.3 DO MEIO AMBIENTE CULTURAL	64
2.4 OS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS EM TORNO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	72
2.5 O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL	75
2.6 O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL	81
3 DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO BRASILEIRO	107
3.1 DOS PRINCÍPIOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL	107
3.1.1 Princípio da Prevenção	107
3.1.2 Princípio da Precaução	110
3.1.3 Princípio da Função Social da Propriedade	113
3.1.4 Princípio da Preservação no Próprio Sítio e da Proteção do Entorno	121
3.1.5 Princípio do Uso Compatível com a Natureza do Bem	124
3.1.6 Princípio do Pro Monumento	126
3.1.7 Princípio da Participação Popular	127
3.1.8 Princípio da Proibição do Retrocesso	131
3.1.9 Princípio da Graduabilidade	138
3.1.10 Princípio do Imperativo Público de Tutela	139
3.2 DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS APLICÁVEIS AO PATRIMÔNIO CULTURAL	141
3.2.1 Princípio da Valorização e do Desenvolvimento Sustentável	141
3.2.2 Princípio Multigeracional	146
3.2.3 Princípio do Poluidor Pagador e da Reparação do Causador do Dano	152

SUMÁRIO

4 DAS FORMAS DE PROTEÇÃO	156
4.1 DA LEI	157
4.2 DO ATO ADMINISTRATIVO	160
4.2.1 Tombamento	161
4.2.2 Desapropriação	172
4.2.3 Inventário	175
4.2.4 Registro, Arrolamento, Vigilância e Termo de Ajustamento	181
4.2.5 Estatuto da Cidade, Zoneamento e Demais Instrumentos	185
4.3 DA DECISÃO JUDICIAL	192
PARTE II – O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	
1 DA TUTELA PENAL	199
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO	201
1.2 DOS DELITOS EM ESPÉCIE	208
1.2.1 Destruição, Inutilização ou Deterioração	209
1.2.2 Alteração do Aspecto ou da Estrutura	214
1.2.3 Construção em Solo Não Edificável	219
1.2.4 Vandalismo à Edificação e ao Monumento Urbano	222
1.2.5 Ilícitos Previstos no Código Penal	226
1.3 O MANDADO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL	230
2 DOS DIREITOS DE DEFESA E DEVERES DE PROTEÇÃO	236
2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	238
2.1.1 A Dimensão Subjetiva	238
2.1.2 A Dimensão Objetiva	241
2.2 OS DIREITOS DE DEFESA	247
2.3 OS DEVERES DE PROTEÇÃO	251
2.4 LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	260
2.5 COLISÃO DE DIREITOS E PONDERAÇÃO	265
2.6 O DEVER DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	271
3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	276
3.1 SUBPRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO	282

3.2 SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE	290
3.3 SUBPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	301
3.4 AS DESPROPORÇÕES DO SISTEMA	308
4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	316
4.1 A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA	317
4.1.1 O Dever de Proteção e a Proibição da Insuficiência	317
4.1.2 A Vedação da Tutela Deficiente	323
4.2 O ESPAÇO DO LEGISLADOR E O CONTROLE JURISDICIONAL	331
4.2.1 O Âmbito de Conformação Legislativa	331
4.2.2 O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade	335
4.3 O EMPREGO DOS INSTRUMENTOS PENAI	341
4.3.1 A Legitimação do Direito Penal	341
4.3.2 A Importância do Direito Penal em Face dos Deveres de Proteção	348
4.4 AS MOTIVAÇÕES DA INCIDÊNCIA DA MEDIDA PENAL	353
4.5 PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE DEFICIÊNCIA PENAL	361
4.6 A PROTEÇÃO NA ITÁLIA E NA ESPANHA	365
4.7 A INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO PENAL NO SISTEMA BRASILEIRO	378
PARTE III – O SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	
1 A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	393
1.1 O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL	393
1.1.1 Dos Princípios Fundamentais	396
1.1.2 Dos Direitos e Deveres Culturais	400
1.2 OS INSTRUMENTOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS DE TUTELA	413
1.2.1 Das Formas de Proteção	415
1.2.1.1 <u>Da Classificação</u>	417
1.2.1.2 <u>Do Inventário</u>	429
1.2.1.3 <u>Da Expropriação</u>	431
1.2.2 Das Formas Reflexas de Proteção	434
1.2.2.1 <u>Das Zonas de Proteção</u>	435
1.2.2.2 <u>Do Plano de Pormenor Salvaguarda</u>	438
1.2.2.3 <u>Do Direito de Preferência</u>	439

SUMÁRIO

1.3 DOS INSTRUMENTOS PENAIIS DE TUTELA	442
1.3.1 Dos Crimes Previstos no Código Penal	445
1.3.1.1 <u>Dos Crimes contra o Patrimônio</u>	446
1.3.1.2 <u>Das Demais Disposições do Código Penal</u>	457
1.3.2 Dos Crimes Previstos na Lei de Proteção do Patrimônio Cultural	460
1.4 OS PRINCÍPIOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL PORTUGUÊS	478
1.4.1 Princípios Principais	478
1.4.2 Princípios Dispersos	487
1.5 AS VIRTUDES DO SISTEMA PORTUGUÊS EM RELAÇÃO AO BRASILEIRO	487
CONCLUSÃO	495
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	500

INTRODUÇÃO

A tese que ora apresentamos investiga o sistema de proteção do patrimônio cultural no Brasil e em Portugal, com foco nos bens materiais edificados, procurandodiagnosticar as deficiências em solo pátrio e apontar para a necessidade do incremento dos mecanismos de defesa, bem como da codificação das normas brasileiras para uma tutela eficiente do bem jurídico.

O objetivo da pesquisa não é apenas de uma análise comparativa, mas esta érealizada justamente como balizadora para apurar e demonstrar que o sistemanacional está muito aquém das necessidades de proteção que o bem jurídico roga e que a Constituição Federal lhe impôs tão claramente.

Para tanto, um dos caminhos dirigidos à superação destas deficiências seria mirar a ordem jurídica portuguesa, passando por uma ressignificação do bem jurídico, reconhecendo e aumentando o seu grau de importância e conferindo-lhe os devidos e necessários instrumentos para a sua defesa e promoção, os quais passariam pela sistematização das normas a respeito do patrimônio cultural em um estatuto único, assim como pela qualificação dos mecanismos penais, tanto na ampliação dos únicos quatro tipos ora existentes, como pelo incremento das sanções estabelecidas, para além dos atuais patamares, cuja cominação consideramos por demais insípidas, estando todas sujeitas à justiça negocial.

Para tanto, dividimos o estudo em três partes. A primeira aborda a formataçãodo patrimônio cultural no sistema brasileiro e inicia perquirindo o caminho de evolução histórica da proteção do patrimônio cultural, tanto em nível de normas internacionais como nacional.

Após, é abordado o conceito do patrimônio cultural, a sua ordem de direitos edeveres estabelecidos na Constituição Federal, e a categoria de direitos no qual se enquadra, orbitando entre os direitos sociais e fundamentais. Também são tratados os princípios de proteção do patrimônio cultural e os instrumentos pelos quais a sua tutela se revela, seja por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial, oriundos dos três poderes e entes federativos.

A segunda parte examina o emprego do direito penal como instrumento de proteção do patrimônio cultural, iniciando pela necessidade de tutela penal do bem

jurídico em questão, e abordando os deveres de proteção sobre este, sem que tal impacte indevidamente os correlatos direitos de defesa. Esta proteção penal, que, indubitavelmente, é devida, precisa ser desempenhada de acordo com o princípio da proporcionalidade nos seus três vetores (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sem que seja negligenciada uma das suas vertentes, consistente no postulado da proibição da proteção deficiente.

Na terceira, e última parte, é estudado o sistema português de proteção do patrimônio cultural, para cuja elaboração foi realizada pesquisa *in loco*, inclusive, com estada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Instituto Jurídico. Aqui, principiamos pela configuração do ordenamento constitucional, pelos instrumentos civis e administrativos de tutela previstos nas normas protetivas de Portugal, seguido dos mecanismos penais de proteção, estabelecidos no Código Penal e em norma específica, adentrando também nos princípios do patrimônio cultural, encerrando com a análise das virtudes do sistema lusitano em relação ao brasileiro, e partir do que propondo uma reflexão sobre a matéria, no sentido de se destinar uma maior atenção e proteção, o que deveria contemplar a elaboração de um Estatuto do Patrimônio Cultural.

PARTE I – DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO

PÁTRIO1 JORNADA EVOLUTIVA

Ao longo da trajetória mundial dos sistemas legais, desde os idos do Código de Hamurábi e das Leis das XII Tábuas, observamos vários dispositivos dirigidos à proteção do patrimônio público e privado bem como preocupados com marcas da história, arte e cultura.

No Império Romano os primeiros atos protetivos surgiram no século I, temposdepois um Édito dos Imperadores Teodósio, Valentiniano II e Arcádio de 389. Marcante é o código de posturas do Império Romano sobre a conservação da imagem da cidade, na ordem do Imperador Alexandre, no século III, aplicando multas a quem comprasse uma casa com o fim de demoli-la; nas leis do Império Bizantino, ao fim do século IV, proibindo a desfiguração de fachadas e ornamentos;e no ato do Senado Romano, de 1162, instituindo a proteção da Coluna de Trajano, do ano 114.¹

Ao regressar para os Estados de Roma em 1425, o Papa Martinho V promoveu normas que reconstruísem os palácios romanos arruinados e publicou a Bula “Esti de Concutarum” outorgando aos *mestres das vias* a proteção dos edifíciosantigos, além de condenar a destruição e os danos sofridos nos monumentos locais.²

Em 1463 o Papa Pio II expediu a Bula “Cum Almam Nostram Urbem”, prevendo multas e a excomunhão de quem “demolir, quebrar, danificar ou transformar em cal, de forma direta ou indireta, publica ou secretamente, qualquer edifício público da antiguidade ou quaisquer remanescentes dos edifícios antigos.”

¹ ROSETA, Pedro. Proteção Internacional do Património Cultural. In: Novos Estudos de Direito do Património Cultural, Tomo II, Petrony, 2019, p. 96; e MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Evolução histórica da legislação protetiva do patrimônio cultural no Brasil. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 17, nº 198, ago. 2017, p. 1.

² VELOZO, Francisco J. Do património cultural. *Revista Scientia Iuridica*, tomo XXXIV, nº 105-6, abr.- jun. 1985, p. 174, referindo a obra de Michele Cantucci.

Em 1471 o Papa Sisto IV³ doa estátuas de bronze ao povo romano, dando início aos Museus Capitolinos.⁴

Assim, mirando a história, podemos perceber já nos tempos de Roma e dos Estados Pontifícios, que existiam “manifestações legais de proteção do patrimônio cultural e artístico da humanidade”. Sendo nítido que “países civilizados do mundo já se preocupavam” de longa data com a preservação da cultura.⁵

A evolução do reconhecimento e da proteção do patrimônio cultural nas suas várias vertentes (histórico, arquitetônico, artístico, arqueológico, estético, etc.) será a seguir analisada em termos mundiais e nacionais.

1.1 DOS PRIMÓRDIOS AO PRESENTE DA PRESERVAÇÃO⁶

O Renascimento foi um marco significativo de distanciamento da idade das trevas e de enormes transformações culturais, além de sociais, políticas, científicas, econômicas e religiosas, marcando uma retirada do feudalismo rumo ao capitalismo.

Ocorre nele uma revalorização da antiguidade clássica e uma nova visão sobre a própria posição do homem (humanismo), o que floresce nos territórios italianos e se alastra pelo continente europeu; sendo que neste podemos identificar um marco referencial de proteção do patrimônio da cultura e da arte.

A partir da segunda parte dos anos 1300, temos uma nova atitude de valorização do estético, arquitetônico, histórico e cultural. O nascimento do chamado “monumento histórico” pode ser localizado em Roma, em torno do ano 1420. Doravante, vemos um excepcional despertar, “despojado das paixões medievais, que, pousado sobre os edifícios antigos, metamorfoseia-os em objetos de reflexão e

³ Coube ao pontífice também a construção da Capela Sistina, a criação dos Arquivos do Vaticano, como patrono das artes contratou vários artistas importantes do Renascimento e promoveu escavações arqueológicas em Roma.

⁴ Até hoje existentes são um conjunto de palácios romanos que abrigam vasta e importante coleção de obras de arte, localizam-se, no topo da colina do Capitólio, em torno da praça redesenhada por Michelangelo em 1536

⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997, p. 42. Sobre a proteção no Direito Canônico v. MIRANDA, op. cit., p.1-2.

⁶ Embora a primeira parte seja destinada ao estudo no sistema pátrio, por questão de metodologia abordamos aqui a evolução em termos mundiais, já que significativa e predecessor da brasileira.

de contemplação”. E que, por exemplo, podemos verificar no prólogo da obra *De re aedificatoria*, de Alberti, sobre os tempos dos romanos.⁷

Também, em 1515 os Estados Pontifícios criaram um organismo responsável pelo patrimônio cultural, por meio de um Breve do Papa Leão X. Ainda, surgiram normas protetivas nas Cidades-Estados da Itália e depois na Inglaterra em 1560 e na Suécia em 1666.⁸

Explica Baumer que o século XVII foi o primeiro *século moderno*, inaugurando uma nova época no pensamento, distinto da antiga. As suas marcas mais profundas estão no Renascimento, com o seu humanismo, e na Reforma dos protestantes, enquanto oposição ao pensar da Idade Média. Eram ambos fundamentalistas, no sentido de reviver (e até de mesmo rivalizar com) os modelos primitivos, como as antigas civilizações Greco e Romanas ou mesmo com a primeva Igreja Cristã.⁹

Com efeito, após os embates políticos que assolaram a França, no final do século XVIII, com o início da sua Revolução, em 1789, e a era Napoleônica, surgem os mais relevantes movimentos de preservação da riqueza cultural, como consequência dos atos de depredação e destruição de importantes bens, ligados ao Clero e à Monarquia,¹⁰ e da necessária valorização dos objetos nacionais.

Com o objetivo de conservar as igrejas medievais e a própria totalidade do patrimônio nacional, a Constituinte de 1789 colocou os bens do clero à disposição da nação, e após os dos emigrados e os da Coroa. Em seguida, foi criada a comissão de Monumentos que, conforme decreto de 1790, deveria inventariar o estado em que se encontra e descrever cada categoria de bem, além de tomar determinados bens recuperados pela nação, colocando-os fora de circulação. Por sua vez, os bens móveis deveriam ser transferidos para um lugar aberto ao público e

⁷ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. 4ª ed., São Paulo: Unesp, 2006, p. 31, 44-46, citando o prólogo de Alberti: “(Os) túmulos dos romanos e os vestígios de sua antiga magnificência que vemos à nossa volta nos ensinaram a dar crédito aos testemunhos dos historiadores latinos que, com toda a certeza, de outros modos nos pareceriam menos críveis”.

⁸ ROSETA, op. cit., p. 97.

⁹ BAUMER, Franklin L. *O pensamento Europeu Moderno*. Vol. 1, séculos XVII e XVIII, Lisboa: Edições 70, 1977, p. 43-4.

¹⁰ RODRIGUES, José Eduardo Ramos, A Evolução da Proteção do Patrimônio Cultural. Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, *Revista de Direito Ambiental*, ano 3, nº 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26, jul.-set. 1998, sobre a destruição de bens arquitetônicos e artísticos. Ainda, cumpre referir que a própria Assembleia Nacional Constituinte revolucionária fez constar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que: Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

denominado de *Museum*, cuja função é “servir a instrução da nação”, reunindo obras ensinadas de civismo, história e arte.

No mesmo ano, o antiquário-naturalista Aubin-Louis Milin, que teria inventado o termo “monumento histórico”, apresenta à assembleia constituinte o primeiro volume do seu “Antiquités Nationales”, com o fim de preservar e salvar objetos que seriam destruídos. Em 1794 cria-se a Comissão Provisória das Artes e, em 1795, o Conselho dos Edifícios Cívicos. Já em 1793 é criado o Museu do Louvre e em 1796 várias das obras salvas no período revolucionário são abertas ao público com o nome de “Musée des Monuments Français”, sob os cuidados de Alexandre Lenoir.¹¹

Contudo, no ambiente revolucionário também se verificaram desvios e depredações, como a determinação, em 1791, de fundições de prataria, relicários e partes de chumbo e bronze das catedrais e basílicas, para servir à artilharia. Ainda assim, a seguir, uma nova diretriz contempla instruções com ressalvas às destruições e critérios para conservar bens que seriam condenados, como o de interesse para a história, as artes e o valor estético, pedagógico e técnico.¹²

Entretanto, como a preocupação inicial foi a de proteger objetos de valia excepcional, como monumentos e obras artísticas de grande valor, por vezes ocorreu a perda de outros de menor relevo, em especial, para destacar os mais notáveis, como no entorno da Catedral de Notre Dame, onde os prédios medievais foram demolidos, para que a majestosa edificação pudesse se sobressair.¹³

Com efeito, assim como o clamor revolucionário direcionava-se para destruir tudo aquilo que de alguma forma representava o *ancien régime*, parcela preciosa das suas luzes fizeram por bem iniciar a preservação de parte importante daquilo que seria reconhecido como formador do seu patrimônio cultural, e tão significativa para a formação da sua identidade, dentro da nova concepção de Estado e Nação,

¹¹ CHOAY, op. cit., p. 95-102. PEIXOTO, Paulo. O patrimônio mundial como fundamento de uma comunidade humana e como recurso das indústrias culturais urbanas, p. 5-6, Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/155/155.pdf>. Acessado em 01 mai. 2002, esclarece que a definição de um patrimônio comum da humanidade e a luta por sua preservação é uma questão do século XX. Mas que tais questões e o pensamento em torno do processo de patrimonialização surgem com o Iluminismo. Ver também COSTA, Inês de Carvalho; BOTELHO, Maria Leonor. Patrimônio cultural e direitos humanos. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/136809/2/506282.pdf>. Acessado em 01 mai. 2002.

¹² CHOAY, op. cit., p. 103-22.

¹³ RODRIGUES, op. cit., 1998, p. 26.

sob a égide dos recentes valores democráticos da liberdade, igualdade e fraternidade e deste renovado contrato social.

Em 1802 o Papa Pio VII publicou um quírografo acompanhado do edito do Cardeal Doria Pamphili versando sobre a administração do patrimônio histórico, artístico, de arqueologia e belas artes dos Estados Pontifícios. Em 1822 criou a Comissão de Belas Artes, instituída tanto em Roma como nas delegações pontifícias, a qual se estendeu pelo novo Estado da Itália, após a sua unificação.¹⁴

No século XIX vemos primeiramente na Europa o surgimento de várias normas protetivas, as quais também se destacaram em outros países: Áustria (Decreto de 1818), Grécia (Lei de 1834), Dinamarca (Lei de 1843), Bélgica (em 1860), Itália (Lei de 1865), Espanha (Decreto de 1873), Inglaterra (Lei de 1882), Egito (Lei de 1883), Turquia (Lei de 1884), França (Lei de 1887), México (Lei de 1897), Portugal (Decreto de 1898), Creta (Lei de 1899).¹⁵

No Reino Unido as primeiras legislações são os: *Anciens Momuments Act* de 1822 e *Mueseus and Gimnasiu Act* de 1821, cujo conteúdo é ampliado em normas de 1900 (*Acent Monuments Protection Act*), 1909 (*Housing Tour and Planning Act*) e 1913 (*Ancient Monumentos Colsolidation and Amendement Act*).¹⁶

A primeira organização internacional de proteção de interesses intelectuais e culturais foi criada em 1886 e consistia na União Internacional à Proteção da Propriedade Artística e Literária. Em 1889, ocorre em Paris o Congresso Internacional para a Proteção de Obras de Arte e Monumento. Após, nas conferências internacionais de 1899 e 1907 foram adotadas as Convenções de Haia que estabelecem regras para a atuação dos Estados em caso de guerra.¹⁷

Na França, em 1663, é criada a *Academie Royale de Peinture et Sculpture de París*. Mas o primeiro instrumento que surge é o decreto revolucionário de 13 de abril de 1793 o qual castiga os atos de destruição e grave deterioração das obras de arte e esculturas do Jardim de Las Tuileries.

¹⁴ GONZÁLEZ-VARAS, Ignacio. Patrimonio cultural conceptos, debates y problemas, 2ª ed. Madrid: Cátedra, 2018, p. 47.

¹⁵ LINS, Jair. Proteção do patrimônio artístico estadual e federal: esboço de anteprojeto de lei federal e sua fundamentação. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 51, jul.-dez., 1998, p. 8.

¹⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. La función del derecho en la protección de los bienes culturales. In: *Constitución y cultura. Retos del derecho constitucional en el siglo 21*, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo; PERÉZ SOLA, Nicolás (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 55.

¹⁷ ROSETA, op. cit., p. 99.

A proteção começa a tomar forma na década de 1830, com o advento da Ley Guizot, sobre Monumentos (1830), além da criação da Comissão de Monumentos Históricos (1837), de uma comissão encarregada dos objetos nobres e a tipificação penal de práticas de destruição do patrimônio. Após, em 1887, temos a comissão que determinou a conservação de monumentos históricos e objetos de arte, a qual é reforçada em 1913. Em 1930, a legislação eleva a proteção de monumentos naturais e sítios de caráter científico à condição de interesse público, sendo que em 1934 passa a contemplar também os monumentos naturais e a arqueologia.

O patrimônio arqueológico é tratado em leis de 1941, 1980 e 1994. Uma lei de 1962 trata das áreas protegidas; em 1978 é criada a direção do patrimônio no Ministério da Cultura; em 1979 é proclamada a Lei de Arquivos e criado o comitê interministerial do patrimônio cultural. Em 1980 é criada a comissão para a salvaguarda e o ambiente do patrimônio cultural, seguindo-se as comissões e os colégios regionais em 1984. No ano 1983 uma nova legislação define os rumos para atuação do Estado na proteção de valores culturais, abrangendo as zonas de proteção do patrimônio arquitetônico, urbano e das paisagens. Em 1992 a lei sobre produtos submetidos a restrições de circulação trata da exportação de bens culturais. O Código Penal de 1994 tipifica o delito de dano contra bem cultural. Em 2004 é lançada a Carta Ambiental,¹⁸ e promulgado o Código de Patrimônio Cultural.

Na Itália pré-unificação, em 1822, é promulgada a lei de conservação e escavação das Duas Sicílias, após, o mesmo tipo de norma protetiva advém nas Províncias de Vênetas e Lombardia em 1846 e na Toscana em 1854. Porém, outros projetos em 1872 e 1893 não tiveram êxito.¹⁹

A primeira legislação desta área no novo país é a Lei nº 185/1902, protetora do patrimônio cultural italiano, a Lei nº 364/1909, a Lei nº 1.089/1939, que tutela dos objetos de interesse artístico e histórico, a Lei nº 1552/1961 trata do restauro de bens culturais, a Lei nº 1409/1963 que trata do patrimônio arquivístico e documental.

¹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural. O tombamento como principal instituto. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 117-21; GARCÍA RENART, Felipe. El delito de daños al patrimonio cultural español. Granada: Comares, 2002, p. 186-8; e MESNARD, André-Hubert. Política e direito do património cultural em França: situação actual e perspectivas. In: Direito do património cultural, MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Taves, (Org.), Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 182-4.

¹⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, op. cit., p. 54.

Em 1964 a legislação determina o levantamento sobre o estado do seu patrimônio cultural, a Lei nº 361/1969 impõe limitações à propriedade mobiliária e imobiliária para a proteção de bens culturais, e a Lei nº 171/1973 trata dos complexos culturais de grande importância. Em 1975 a Lei nº 805 cria o Ministério dos Bens Culturais e Ambientais e a Lei nº 44 adequa as sanções penais e administrativas por violações aos deveres de proteção de bens culturais. Temos ainda a Lei nº 512/1982 que institui incentivos fiscais para a conservação de bens culturais, a Lei nº 112/1998 e a Lei nº 490/1999, que tratam sobre os bens culturais inclusive os ambientais.²⁰ Em 2004 é promulgado o seu Código de Bens Culturais e de Paisagem.

Na Espanha, em 1735, é fundada a Academia Universal, após chamada Academia Espanhola de História, em 1752 surge a Real Academia de Belas Artes de São Fernando e, em 1784, é criado o Arquivo Geral das Índias para escrever e documentar a história do Novo Mundo.

Em 1779 e 1801 duas Reais Ordens proíbem a exportação de pinturas ou de objetos de arte manuscritos sem a autorização da Coroa, o que é reeditado em 1827. Em 1802 o Rei Carlos IV promulga uma Instrução sobre monumentos antigos, em 1803 a conservação dos monumentos antigos passa a ser obra da Real Academia de História, por Ordem de 1808 a Real Academia das Belas Artes deveria aprovar toda a obra de arquitetura, pintura e escultura em templos, praças e locais públicos e, em 1819, é aberto o Museu do Prado.

Em 1836 e 1837 são promulgadas Ordens e Cédulas sobre pinturas e objetos antigos de autores não vivos. Em 1840 uma Ordem trata sobre o valor artístico dos objetos, templos e sepulcros. Em 1844 é criada a Comissão de Monumentos, a qual neste mesmo ano declara como Monumento Nacional a Catedral de León.

Em 1851, por Ordem Real, se exige que a Real Academia de São Fernando autorize a instalação de estátuas, esfinges e baixo-relevo em edifícios, monumentos públicos e igrejas. Em 1854 é constituído a Comissão Central de Monumentos e, em 1857, uma norma passa a empregar o termo Monumento Histórico e Artístico. A partir de 1866 uma Ordem Real proíbe a transmissão de obras de arte da Igreja, sem

²⁰ FERRI, Pier Giorgio. Os bens culturais no direito italiano. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 111-3. Ver também BOCCHIERI, Franco. *Restaure, conservazione, tutela dei beni culturali*. Udini: Aviani, 1994, p. 11.

prévio informe à Real Academia. O Real Decreto de 1867 cria o Museu Arqueológico Nacional e os Museus Provinciais. Em 1883 se cria uma comissão para preparar uma lei sobre conservação de antiguidades espanholas. A proteção penal aparece no Código Penal de 1848, em face dos Arquivos e Registros, o qual se estende para o Museu Geral do Estado em 1870, e figura nos demais códigos no título relativo aos delitos contra a propriedade e o patrimônio (salvo no código de 1944).²¹

Em 1905 é criada a Comissão Geral de Belas Artes e Monumentos e em 1910 a Inspeção Geral Administrativa de Monumentos Artísticos e Históricos. Em 1911 é promulgada a Lei de Escavações Arqueológicas, em 1912 o seu regulamento e, em 1915, a Lei dos Monumentos. Em 1922 é criada a Comissão Revisora de Catálogos Provinciais de Monumentos, cujos trabalhos fazem parte de Decretos de 1940 e 1953. Por Ordem Real de 1922 fica proibida a exportação de objeto anterior a metade do século XIX que forme parte de tesouro artístico. A partir de 1923 fica proibido que templos e ordens religiosas alienem obras culturais sem previa autorização do Ministério da Justiça e da Real Academia. Em 1926 advém o Real Decreto sobre a proteção e a conservação da riqueza artística, o qual traz a definição de Tesouro Artístico Nacional.²²

Com o Decreto Real de 1930 toda a venda de obra de arte na Espanha deveria ser realizada por hasta pública. Um Decreto de 1931 proíbe a venda não autorizada de bens artísticos por parte de pessoas físicas, jurídicas ou eclesiásticas, neste mesmo ano uma lei trata sobre a alienação de bens culturais com mais de cem anos. A Constituição de 1931 trata a riqueza artística e histórica do país como Tesouro Cultural da Nação. Em 1933 é promulgada lei sobre defesa, conservação e acréscimo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a qual é completada com um regulamento de 1936. Um decreto de 1940 trata sobre o Catálogo Monumental da Espanha. Os decretos de 1949 e 1963 protegem os castelos e objetos de interesse histórico e artístico.²³

Um decreto, de 1953, traça disposições para formar o Inventário do Tesouro Artístico Nacional e outro, neste ano, fala da transmissão de antiguidades e obras de arte, dentro e fora do território nacional. Lei de 1955 versa sobre a conservação do

²¹ LUGOS Y GUILLÉN, Félix Benítez. El patrimonio cultural español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales. Granada: Comares, 1988, p. 14-7.

²² LUGOS Y GUILLÉN, op. cit., p. 18.

²³ LUGOS Y GUILLÉN, op. cit., p. 18-9.

patrimônio histórico e artístico. Decreto de 1960 trata sobre bens móveis, o Decreto 187/1960 sobre a reorganização das zonas de Serviço de Defesa do Patrimônio Artístico Nacional, o Decreto 1116/1960 e a Lei 43/1960 abordam a exportação de obras de importância história e artística e sanções para a exportação fraudulenta. Decreto de 1963 contempla a proteção de escudos, emblemas, cruzes e peças similares de interesse artístico. Lei 197/1963 trata dos Centros e Zonas de Interesse Turístico Nacional. Ordem de 1964 versa sobre a aprovação de projetos de obras nas populações declaradas “Conjunto Histórico-Artístico”. Decreto 164/1969 versa sobre o comércio de antiguidades, Ordem de 1969 trata de projetos de obras nos serviços de departamentos de cidades monumentais, conjuntos históricos e artísticos, monumentos e paisagens pitorescas, e o Decreto 3429/1969 sobre escavações arqueológicas.²⁴

Ordem de 1970 contempla a colaboração da Direção Geral de Belas Artes com outras instituições para a conservação de museus e monumentos. O Decreto 798/1971 dispõe sobre obras em monumentos e conjuntos histórico-artísticos. Em 1975, a lei dos Espaços Naturais Protegidos é regulamentada pelo Real Decreto 2159/1977. Em 1976, o Decreto nº 1.346, do Regime do Solo e Ordenação Urbana, é regulamentado pelo Real Decreto 2159 de 1978.²⁵

Em 1982, surge a Lei 23 sobre o Patrimônio Nacional e o seu regulamento, os quais tratam dos bens culturais afetos à Casa Real. Ainda temos a Lei 16/1985, sobre o Patrimônio Histórico Espanhol, bem como o Real Decreto 111/1986, que trata sobre a exportação de bens culturais, e o Real Decreto 1372/1986, que regulamenta os bens das entidades locais.

Em 1987 o Real Decreto 496 regula a lei de patrimônio nacional e o Real Decreto 620 regulamenta os Museus do Estado e o Sistema Espanhol de Museus.²⁶ Também, a Lei 4/1989 que trata da Conservação dos Espaços Naturais. O Real Decreto 426/1999 cria o Arquivo Geral da Guerra Civil Espanhola. A Lei 18/2013

²⁴ LUGOS Y GUILLÉN, op. cit., p. 19-21.

²⁵ LUGOS Y GUILLÉN, op. cit., p. 22. Ver também ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosário. Direito do património cultural em Espanha: situação actual e perspectivas. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 151-78.

²⁶ HERNÁNDEZ NUÑEZ, Juan Carlos. Los instrumentos de protección del patrimonio histórico español. Sociedad y bienes culturales. Jerez de la Frontera: Andalucía Grupo Publicaciones del Sur, 1998, p. 25-9, 101-21; GONZÁLEZ-VARAS, op. cit., p. 48-9; e ACEDO PENCA; PERALTA CARRASCO, op. cit., p. 144.

regula a Tauromaquia como patrimônio cultural; sendo que a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial é disciplinado pela Lei 10/2015.

Em Portugal, no ano de 1686, é realizado o inventário que repousava na Biblioteca Real, até que se perdeu no terremoto de Lisboa em 1755. Em 1720 D. João V encarrega a Academia Real de História de se pronunciar sobre a conservação dos monumentos e, em 1721, emite um Alvará a este respeito. Em 1821 o Alvará de D. Rodrigo de Souza Coutinho encarrega o Bibliotecário Maior da Biblioteca Pública de exercer o cargo de Inspetor de Monumentos Nacionais. No ano de 1851, por influência de D. Fernando III, se iniciam as ideias em torno da conservação e restauração dos monumentos históricos, sendo em 1882 criada a Comissão dos Monumentos Nacionais, que, em 1898, passa a se chamar Conselho Superior dos Monumentos Nacionais, o que foi ratificado em Decreto de 24 de outubro 1901. Em 1890 é criada a comissão para estruturar o arrolamento e a classificação dos bens culturais e bens imóveis.²⁷

Em 1901, o Decreto de 24 de outubro conferiu ao Conselho de Monumentos Nacionais competência para classificar monumentos nacionais, e o Decreto de 30 de dezembro de 1901 aprova as “bases para a classificação dos imóveis que devem ser considerados monumentos nacionais, e bem assim dos objetos mobiliários de reconhecido valor intrínseco ou extrínseco pertencentes ao Estado, a corporações administrativas ou a qualquer estabelecimento público”. O Decreto de 1910 trata sobre a proteção das coisas móveis de cunho histórico, o Decreto nº 1, de 1911, protege os “edifícios que sem merecerem a classificação de monumentos nacionais, ofereçam interesse artístico ou histórico”.²⁸ E uma Lei de 20 de julho de 1912 prevê a expropriação dos imóveis caso o proprietário se oponha a sua classificação como monumento nacional.²⁹

Em 1924, a Lei nº 1.700 modificou a organização relativa ao patrimônio português, estatuiu o Conselho Superior de Belas Artes, de Arte e de Arqueologia, e estabelecendo o arrolamento de bens móveis, imóveis de interesse arqueológico,

²⁷ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do patrimônio cultural em Portugal. In: *Direito do património cultural*, MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALEMEIDA, Marta Tavares de (Org.), Oreias: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 226-7.

²⁸ NABAIS, José Casalta. Ideias sobre o quadro jurídico do património cultural. In: *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 153.

²⁹ VELOZO, op. cit., p. 181.

numismático ou artístico, esta lei foi regulada pelo Decreto 11.445/1926 e 15.216/1928.

Na década seguinte, o decreto 20.586/1931 determina que os bens culturais sujeitos a arrolamento não podem sair do país sem prévia comunicação ao Ministério da Instrução Pública. O Decreto nº 20.985/1932 alarga a proteção dos imóveis de interesse público, os quais passam a ter um regime jurídico idêntico aos dos monumentos nacionais. O Decreto 21.875/1932 autoriza o governo, via Ministério das Obras Públicas, a estabelecer zonas de proteção dos edifícios públicos de reconhecido valor arquitetônico. Em 1933, a Constituição de Portugal passa a prever o patrimônio cultural no seu art. 52. E o Decreto-Lei 27.633/1937 trata sobre o tráfico ilícito de bens culturais.³⁰

Em relação ao patrimônio cultural religioso, temos a Concordata entre Portugal e Santa Fé de 1940 e de 2004. Já a Lei 2.032/1949 cria a categoria debens e valores a classificar pelo Estado. E as limitações à exportação de antiguidades e objetos de arte são tratadas nos Decretos-leis nº 181/1974, nº 630/1976 e nº 28/1984.

Em 1978 o Decreto-Lei nº 1 transfere para o Secretário do Estado da Cultura as competências para a defesa do patrimônio cultural e natural, o Decreto-Lei nº 41 cria o Ministério da Educação e da Cultura, o Decreto-Lei 215/2006 é a Lei Orgânica do Ministério da Cultura e o Decreto-Lei nº 251-A/2015 contempla o Ministério da Cultura.

Em 1985, a Lei nº 13 passa a disciplinar o patrimônio cultural Português, inclusive sobre bens imateriais, o qual também é tratado no Decreto 20.985 e na Lei 2032. O Decreto-Lei nº 205/1988 concede aos arquitetos a exclusiva responsabilidade para projetos de conservação, restauro e alteração de bens culturais. E ainda temos o Decreto-Lei nº 63/1985, Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

No ano de 1993 o Decreto 16 versa sobre o Regime Geral dos Arquivos e do Patrimônio Arquivístico, o Decreto-Lei 289/1993 e o Decreto-Lei 164/1997 tratam

³⁰ SANTOS, Antônio Marques. A protecção dos bens culturais no ordenamento jurídico português. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 671-4; e TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A proteção do patrimônio cultural brasileiro pelo direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 105-128; também cita a Suécia (Ato nº 822/1964, de Conservação da Natureza) e a Suíça (Lei nº 451/66).

sobre o regime jurídico do Patrimônio Cultural Subaquático. Já em termos de patrimônio arqueológico temos o Decreto-Lei 270/99, o Decreto-Lei 131/2002 e o Decreto-Lei n.º 164/2014.

Podemos acrescentar, outrossim, a Lei de Bases do Ambiente, a Lei 11/1987 e a Lei 19/2014, o Decreto-Lei nº 380/1999, do Regime Jurídico de Gestão Territorial, a Lei 48/1998, das Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, a qual no art. 3º, “d”, refere a defesa e a valorização do patrimônio natural e cultural como um dos fins da política de ordenamento do território e de urbanismo, além da reabilitação e revitalização dos centros históricos e dos elementos de patrimônio cultural, a qual foi sucedida pela Lei 31/2004.³¹

Em termos de órgãos de tutela, temos o Conselho de Arte de Arqueologia de Lisboa, Porto e Coimbra e o Conselho de Arte Nacional, instituídos em 1911, o Conselho Superior de Belas Artes de 1932, a Junta Nacional de Escavações e Antiguidades, a 2ª Sessão da Junta Nacional de Educação de 1936, o Instituto Português do Patrimônio Cultural de 1980, e o Instituto Português do Patrimônio Arqueológico e Artístico criado em 1992.³²

No século 21, além da Lei de Bases 107/2001, temos a Lei 47/2004 dos Museus Portugueses, o Decreto-Lei 138/2004, do Fundo de Salvaguarda do Patrimônio Cultural, o Decreto-Lei 96/2007, que trata sobre o Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitectónico e Arqueológico, o Decreto Regulamentar 34/2007 que versa sobre as Direções Regionais de Cultura.

Em 2009, temos o Decreto-Lei 138 do Fundo de Salvaguarda do Patrimônio Cultural, o Decreto-Lei 139 que trata do Regime Jurídico de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, o Decreto-Lei 140 sobre o Regime Jurídico dos Estudos, Projetos, Relatórios, Obras ou Intervenções sobre os Bens Culturais e o Decreto-Lei 309 sobre o Procedimento de Classificação de Bens Imóveis de Interesse Cultural.

Em 2012, o Decreto-Lei 115/2012 é a Lei Orgânica da Direção Geral do Patrimônio Cultural, o Decreto-Lei 114/2012 é a Lei Orgânica das Direções

³¹ Sobre a evolução legislativa do direito português ver LEITÃO, Mateus Homem. Do direito lusitano dividido em três tratados. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

³² NABAIS, op. cit., 1994, p. 152.

Regionais da Cultural e o Decreto-Lei 103/2012 trata da Direção Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas. Após, dispomos do Decreto-Lei 148/2015 sobre o Regime de Classificação e da Inventariação dos Bens Móveis de Interesse Cultural.³³

Na Áustria, em Viena, 1903, Aloïs Riegl, Presidente da Comissão Central Imperial e Real de Monumentos Históricos e Artísticos, elabora uma obra sobre o tema intitulado “o culto moderno aos monumentos”.³⁴

Já na Alemanha os primeiros instrumentos surgem em 1904; sendo que em termos constitucionais, a Carta Alemã de Weimar de 1919 estatui que os “monumentos artísticos, históricos e naturais seriam protegidos e valorizados pelo Estado e que este deveria prevenir a saída de património artístico para o estrangeiro(art. 150º)”.³⁵ A preocupação com a cultura e o património cultural na Alemanha também aparecem na Constituição da cidade de Brandeburgo, em 1947 e 1992, e no Estado de Turíngia em 1993.³⁶ Já a atual Constituição da Alemanha unificada prevê no seu art. 13, §5º, a proteção do seu património contra a evasão para o estrangeiro.

Além disso, conferiram matiz constitucional nas questões relativas à cultura e património as constituições da Suíça (1874, com sucessivas emendas em 1999), Portugal (1911 e 1933), Áustria (1920), Itália (1947), Alemanha (1949), Índia (1949), União Soviética (1977 e 1993), Grécia (1975), Espanha (1931 e 1978), China (1982), Eslovênia (1991), República Checa (1992) e Ucrânia (1992).

No continente americano entre as iniciativas a destacar estão a criação da Biblioteca Nacional do Peru e do Arquivo Geral do Governo da Guatemala, em 1846. O decreto 1164/1870, da República Dominicana, declara o monumento nacional Alcazár de Colón (Casa do Almirante), primeiro edifício erigido no Novo Mundo,

³³ NOGUEIRA, J. Duarte. O património cultural. Evolução e perspectivas de proteção. In: *Novos Estudos de Direito do Património Cultural*, Tomo II, RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins, Petroni, 2019, p. 61; e POÇAS, Isabel Restier. Direito do património cultural e mecanismos de resolução/agilização de litígios. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 77, nº 3 e4, jul.-dez. 2017, p. 638-9.

³⁴ RIEGEL, Aloïs. *El culto moderno a los monumentos. Caracteres y origen*. Tradução A. Pérez López. Madrid: Visor, 1987.

³⁵ MIRANDA, Jorge. Património cultural e constituição. In *Direito do Património Cultural*, op. cit, p. 253.

³⁶ HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo, traducción Carlos Ruiz Miguel, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 18, nº 54, sep.-dic. 1998, p.

construído em 1509. Na Guatemala normas de 1893 e 1894, e no México em 1896 e 1897 tratam da proteção do seu patrimônio, em especial o arqueológico.³⁷

Em 1914, no México, é promulgada a Lei de conservação dos monumentos históricos, artísticos e belezas naturais, a qual é reforçada pela legislação de 1972. Na Argentina, a Lei 12.665/1940 sobre museus, monumentos e lugares históricos. No Equador, em 1945, a Lei do Patrimônio Artístico, ampliada em 1978 para Lei do Patrimônio Cultural. Em Porto Rico, a Lei 374/1952 sobre zonas contíguas e históricas e de interesse turístico e a Lei 112/1988 de patrimônio arqueológico. Na Colômbia, a Lei 163/1959 sobre o patrimônio histórico, artístico e monumentos nacionais. Na Bolívia, o Decreto Supremo 5918/1961 sobre o patrimônio histórico, artístico e arqueológico. Na República Dominicana, as Leis 319/1968 e 564/1973 sobre o patrimônio cultural e bens ecológicos e, em 1979, a norma sobre naufrágios que contenham bens culturais. Na Guatemala, em 1969, o ato de criação do Conselho de Proteção da Antiga Guatemala. No Chile a Lei 17.288/1970 sobre os monumentos nacionais. No Uruguai, a Lei 14.040/1971 sobre patrimônio histórico, artístico e cultural. No Peru, o Decreto-lei 19.414/1972 sobre o seu patrimônio documental. Em Cuba, as Leis 1 e 2 de 1977 sobre o patrimônio nacional e monumentos. Na Costa Rica, as Leis 6.703/1981 e 7.555/1995 sobre patrimônio arqueológico e histórico e arquitetônico. Na Nicarágua o Decreto 1.142/1982 sobre a proteção do patrimônio cultural. E no Panamá, a Lei 14/1982 sobre o seu patrimônio histórico.³⁸

Por sua vez, a proteção constitucional na América foi implantada no México (1917), na Argentina (1949 e 1994), Costa Rica (1949), Venezuela (1961 e 1999), no Uruguai (1966), Paraguai (1967 e 1992), Panamá (1972), Equador (1979 e 1988), Peru (1979 e 1993), em Cuba (1976 e 1992), no Chile (1981), em Honduras (1982), El Salvador (1983), no Panamá (1985), na Guatemala (1985), Colômbia (1991), Bolívia (1995).³⁹

³⁷ HARVEY, Edwin R. Panorama de la Política del Patrimonio Cultural en Iberoamerica. In Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural. Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2001, p. 82.

³⁸ HARVEY, op. cit., p. 84. Ver também RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org.). *Direito Ambiental Internacional*. Santos: Ed. Universitária, 2001, p. 200.

³⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção ao patrimônio cultural. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 56- 68; RODRIGUES, op. cit., 1998 p. 26-7; e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 728 et seq., salvo as alterações legais posteriores.

Em termos internacionais vários Congressos ocorrem em relação à arte e à preservação de monumentos, 1878 em Paris, 1897 em Bruxelas e 1904 em Madrid,⁴⁰ no qual se define pela primeira vez a conservação do estado primitivo dos monumentos, salvo para as inserções consideradas como fundamentais e de elevada qualidade artística. A fundação da UNESCO pela ONU, em 1945, como responsável pela educação, ciência e cultura. Em 1950 foi estabelecido o Acordo de Florença, o qual trata da importação de objetos de caráter cultural, científico e educativo. Em 1953 a Convenção dos Estados Americanos para a proteção do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Artístico das Nações Americanas. A Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado foi subscrita em Haia em 1954⁴¹ e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 32/1956 que passou a ser parte integrante do direito pátrio a partir Decreto nº 44.851/1958. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de Nova York em 1966. A Convenção de Londres de 1969 que trata da Proteção do Patrimônio Arqueológico da Europa. A Convenção de Bruxelas de 1977 relativa às violações alfandegárias concernentes a bens culturais.⁴²

No continente americano podemos citar como ações relevantes as Recomendações Pan-americanas sobre: a criação da Comissão Arqueológica Internacional Americana (México, 1902); proteção de documentos históricos e restos arqueológicos (Chile, 1923); monumentos imóveis, arqueológicos, históricos, pré-colombianos e colônias e da emancipação e da república (Montevideo, 1933); e de conservação de regiões naturais e lugares históricos (Lima, 1938). A criação do Instituto Pan-americano de Geografia e História em 1928⁴³, e o Código de Proteção do Patrimônio Cultural do Equador, em 2016.

Também, os Tratados Interamericanos sobre: a Proteção de Instituições Artísticas, Científicas e Monumentos Históricos (Pacto de Roerich, 1935) e a

⁴⁰ Em 1819 Madrid ganha o *Museu do Prado*, iniciado por Carlos III e concluído por Fernando VII.

⁴¹ Interessante consignar que após a invasão Russa junto à Ucrânia em 24-02-2022, no dia 03-03-2022 a Unesco divulga uma declaração na qual manifesta a sua preocupação em relação aos valores e bens culturais locais, sendo que no caso incide a citada Convenção de Haia, de 1954, diante da presença de sete sítios declarados como Patrimônio Cultural da Humanidade na zona de guerra. Sobre o tema ver SOARES, Inês Virgínia. A proteção do patrimônio cultural e a guerra na Ucrânia. In: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-14/ines-soares-protecao-patrimonio-cultural-guerra-ucrania#author>, Acessado: 21 mar. 2022.

⁴² NABAIS, Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 20; e NABAIS, op. cit., 1994, p. 147-8.

⁴³ HARVEY, op. cit., p. 91.

Proteção de Móveis de Valor Histórico, em 1935. Ainda, a Conferência Interamericana de Chapulpec (1945); a Novena Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966); a Declaração dos Presidentes de América (Punta del Este, 1967); o Programa Regional de Desenvolvimento Cultural e a Unidade Técnica de Proteção e Utilização do Patrimônio Monumental e Artístico (Maracay, 1968),⁴⁴ a Convenção de São Salvador sobre Defesa do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Artístico das Nações Americanas (1976); a Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Paris, 2005) e o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (Acordo de Escazú, Costa Rica, 2018).

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, em Paris, com previsões expressas sobre a cultura,⁴⁵ e a própria Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948),⁴⁶ a UNESCO editou uma série de Recomendações, sobre a conservação de monumentos, obras do passado e arqueologia, de Nova Dheli (1956); de Proteção da Beleza e o Caráter das Paisagens e dos Sítios (1962); para coibir a Transferência de Propriedades Ilícitas de Bens Culturais em 1964, a qual foi ratificada pelo Brasil com o Decreto nº 72.312/1973.

Em 1966 é assinado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; em 1968, temos a convenção sobre a Conservação dos Bens Culturais Ameaçados por Obras Públicas ou Privadas; e, em 1976, a de Nairóbi para a Salvaguarda dos Conjuntos Históricos e a sua Função na Vida Contemporânea. Em Paris, a de Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989; além da Recomendação Europa, sobre a Conservação Integrada das Áreas de Paisagens Culturais em 1995.⁴⁷

⁴⁴ HARVEY, op. cit., p. 91.

⁴⁵ Artigo 27º, 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.

⁴⁶ Artigo 13º: Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultados do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas.

⁴⁷ LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. Património cultural, critérios e normas internacionais de proteção. Lisboa: Caleidoscopio, 2014, p. 59 e ss.

Outrossim, em Paris, no ano de 1970, a Convenção da Unesco institui medidas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais. Posteriormente, em Paris, em 1978, é aprovada pela Unesco a Recomendação em cujo preâmbulo se acentuou que o patrimônio cultural mobiliário representativo das diferentes culturas nacionais constitui herança comum da humanidade e que cada Estado é responsável por ela.

Em 1985 temos a Convenção de Granada para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa. Em 2001, temos a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Subaquático e, em 2003, a Carta sobre a Preservação do Patrimônio Digital e a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a qual foi integrada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 5.753/2006. Em 2005, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais foi ratificada e promulgada pelo Brasil.

Já a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural fora convencionada em 1972 pela Unesco, em favor das “Obras arquitetônicas, de escultura ou de pinturas monumentais, elementos de estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional”, a partir da história, da arte ou da ciência, sendo incorporada ao sistema nacional pelo Decreto nº 80.978/1977.

Entre os documentos e recomendações aprovadas pela UNESCO em termos de patrimônio cultural podemos citar: preservação de bens culturais ameaçados por obras públicas (1968); convenção sobre as medidas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas de bens culturais (1970); de salvaguarda dos conjuntos históricos e de sua função na vida contemporânea (1976); intercâmbio internacional de bens culturais (1976); salvaguarda da cultura tradicional e popular (1989); salvaguarda do patrimônio cultural subaquático e paisagens urbanas históricas (2001); a Declaração de Joanesburgo (2002), contra a destruição intencional do patrimônio cultural (2003) e para a promoção e proteção da diversidade das expressões culturais (2005).⁴⁸

E mais, entre outros documentos de relevo citamos a Carta de Atenas (Proteção de Monumentos, Sociedade das Nações, 1931); a Carta de Atenas de

⁴⁸ ROSETA, op. cit., p. 114 e GONZÁLEZ-VARAS, p. 53.

1933 (Congresso Internacional de Arquitetura Moderna); Carta de Gubbio (1960); Carta de Veneza (Restauração e Conservação de Monumentos e Sítios, 1964); Carta do Restauro (Itália, 1972); Carta de Bruges (1974); Carta Europeia do Patrimônio Arquitetônico (Amsterdã, 1975); Carta do Turismo Cultural (Bruxelas, 1976); Carta de Machu Picchu (1977); Carta de Burra (1980); Carta de Florença (Carta dos Jardins Históricos, 1981); Carta da Conservação das Populações e Áreas Urbanas Históricas (Carta de Toledo - Washington 1987); Cartas de Petrópolis (1987) e de Cabo Frio (Encontro de Civilizações das Américas, 1989); Carta de Gestão e Proteção do Patrimônio Arqueológico (Carta de Lausanne, 1990); Carta de Vila Vigoni (Bens Culturais da Igreja, 1994); Carta de Brasília (Autenticidade Cultural do Conesul, 1995); Carta Internacional para a Proteção e Gestão do Patrimônio Cultural Subaquático; Carta de Mar del Plata (Patrimônio Intangível para o Mercosul, 1997); Carta Internacional sobre Turismo Cultural (1999); Carta do Patrimônio Vernáculo Construído (1999); a Carta de Cartagena de Índias sobre Proteção, Recuperação de Bens Culturais do Patrimônio Arqueológico, Histórico, Etnológico, Paleontológico e Artístico da Comunidade Andina (Colômbia, 1999), a Carta de Burras (ICOMOS, Austrália, 1999, para os Lugares com Significado Cultural); Carta de Cracóvia (Conservação e Restauro de Bens Culturais, 2000); Carta dos Jardins Históricos (Juiz de Fora, 2010) e Carta de Brasília (2010).⁴⁹

Relacionamos ainda as previsões sobre patrimônio cultural contidas no Estatuto do Conselho da Europa (Londres, 1940); a Convenção Cultural Europeia (1954); o Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (1957); os Princípios para a Criação de Arquivos Documentais de Monumentos, Conjuntos Arquitetônicos e Sítios Históricos e Artísticos (1966); as Normas de Quito (Conservação e Uso de Monumentos e Lugares de Interesse Histórico e Artístico, 1967); a Conferência de Ministros Responsáveis pela Salvaguarda e Reabilitação do Patrimônio Cultural Imobiliário (Bruxelas, 1969); Convenção e Convênio Europeu para a Proteção do Patrimônio Arqueológico (Londres, 1969, e 1992); a Conferência Intergovernamental sobre as Políticas Culturais de Veneza (1970); a Resolução de São Domingos (Conservação e Restauração do Patrimônio Monumental, 1974); a declaração pelo Conselho da Europa do Ano Europeu de Patrimônio Arquitetônico; a Carta Europeia

⁴⁹ PIRES, op. cit., 2022, p. 30-82; e GONZÁLES- VARAS, op. cit., p. 53-4.

de Patrimônio Arquitetônico e Declaração de Amsterdã (1975); Declaração de Nairóbi (Assembleia Mundial dos Estados, 1982); Declaração Tlaxcala (Conservação do Patrimônio Monumental, 1982); Declaração do México (Conferência Mundial sobre Políticas Culturais, 1985); Convenção de Estrasburgo e a Convenção Europeia sobre Infrações em Matéria de Propriedade Cultural e Infrações Relativas a Bens Culturais (Delfos 1985); Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa (Granada, 1985); Declaração de São Paulo (25 anos da Carta de Veneza, 1989); Convenção Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico (La Valette 1992); Tratado da União Europeia (Maastricht, 1992); Regulamento nº 3.911/1992 da Comunidade Europeia que fixa medidas sobre exportações de bens culturais; Diretiva da Comunidade Europeia nº 93/7/CEE/1993 com orientações relativas à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente de um Estado-membro; Declaração Europeia de Viena (1993); a Conferência de Nara (Autenticidade em Relação ao Patrimônio Mundial, 1994); o Congresso dos Poderes Locais e Regionais da Europa (1994) e a Recomendação da Europa (1995); a Convenção do Unidroit sobre os Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados (Roma, 1995); as Declarações de: Sofia (Assembleia Icomos, 1996) e de Cartagena das Índias (Proteção e Recuperação de Bens Culturais do Patrimônio da Comunidade Andina, 1999); Princípios para Reger a Conservação de Estruturas Históricas em Madeira (1999); a Convenção Europeia de Paisagem (Florença, 2000); a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001); a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial (2003); Princípios para a Preservação, Conservação e Restauração das Pinturas Murais (2003); Princípios para a Análise, Conservação e Restauração das Estruturas do Patrimônio Arquitetônico (2003); a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade (Faro 2005); Declaração Europeia de Varsóvia (2005) o Tratado da União Europeia (na versão do Tratado de Lisboa de 2007); as Recomendações do I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural (Ouro Preto, 2009-10), a Convenção adotada pelo Conselho da Europa, em 2017.

Imprescindível citar a criação pela UNESCO, em 1959, do Centro Internacional de Estudos para a Conservação e Restauração de Objetos de Museus (ICCROM); do Conselho Internacional de Museus e Sítios (ICOMOS) em 1964, em

Veneza; da Organização de Cidades de Patrimônio Mundiais em 1993 (OCPM), integrada pelas cidades que tenham sido assim declaradas pela Unesco; e a Resolução da Assembleia Geral da Onu 48/15, de 1993, sobre o retorno e restituição de bens culturais. Além do próprio Conselho Internacional de Museus (ICOM), o qual recebeu o legado do Escritório (Oficina) Internacional de Museus da Sociedade das Nações, dedicado à promoção e desenvolvimento dos museus em todo o mundo.⁵⁰

Outrossim, incluímos as “Jornadas sobre a Proteção Penal do Meio Ambiente”, ocorridas em outubro de 1991, em Madrid, na Espanha, palco no qual foi decidido sobre a necessidade de se compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente,⁵¹ no que entendemos deve ser considerado o meio ambiente cultural. E de onde agregamos o Tratado de Maastricht, de 1992, que cria a União Europeia e dedica capítulo exclusivo para a questão ambiental, tendo como metas *a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente*, a produção de medidas destinadas a enfrentar os seus problemas e a utilização racional dos recursos naturais. Vindo então a editar uma série de princípios tutelares para atingir tais objetivos.

Ligados à Unesco, temos ainda a Convenção Internacional do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado Internacional; a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras de 1997; a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural do ano 2001; a Convenção de 2001 sobre o Patrimônio Cultural Subaquático,⁵² em Paris (em 1982 ocorreu a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar na Jamaica). Em 2005, a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de Paris (cujo Comitê da ONU o Brasil passou a integrar a partir do ano de 2015); além do Memorando de Viena, Recomendações sobre a Paisagem Histórica Urbana, em 2005. Também, sobre a Convenção do Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou

⁵⁰ GONZÁLES- VARAS, op. cit., p. 53-4.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. Proteção penal do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, nº 673, nov. 1991, p. 392, registra entre as conclusões das Jornadas: “19ª) Justifica-se toda luta para a preservação do meio ambiente, dentre outras tantas razões porque temos a obrigação moral e ética de passar para as futuras gerações, no mínimo, o meio ambiente que temos hoje.”

⁵² No tocante à tutela de tal patrimônio vide: RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões emergentes do patrimônio cultural subaquático. In: *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, tomo II, Portugal: Petrony, 2019, p. 199-213.

Ilicitamente Exportados, ocorrida na cidade de Roma, na Itália, em 1995, e ratificada por vários países, inclusive, no Brasil, por meio do Decreto nº 3.166/1999.⁵³ Além da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, em Paris, a qual ingressou no sistema pátrio pelo Decreto nº 5.753/2006.

Ainda, entre os mais recentes compromissos em favor do Patrimônio Cultural citamos as seguintes Declarações: Hoi Na, Vietnã, para a Conservação de Distritos Históricos na Ásia (2003); sobre a Recuperação do Patrimônio Cultural de Bam (Irã, 2004); de Seul sobre Turismo nas Cidades e Áreas Históricas da Ásia (2005); e a de Xi'an para a Conservação do Entorno Edificado, Sítios e Áreas do Patrimônio Cultural, do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (China, 2005), eventos ligados ao Icomos.⁵⁴

Com efeito, a Unesco possui presença marcante no Brasil para a preservação dos nossos bens, tendo realizado desde 1980 vários tombamentos, tanto para a proteção e conservação do patrimônio cultural⁵⁵ como de sítios naturais.⁵⁶

Por fim, interessante citar o caso da destruição dos Mausoléus do século XVI de uma Mesquita do século XV, em Tombuctu, ou Timbuktu, no Mali, em 2012, os quais foram declarados Patrimônio Cultural da Humanidade pela Unesco em 1988.

⁵³ Sobre o tema ver FRIGO, Manlio. The Impact of the UNIDROIT convention on international caselaw and practice: an appraisal. In: *Uniform Law Review*, 2015; FACH GÓMEZ, Katia. Algunas Consideraciones en Torno al Convenio de Unidroit sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente. In: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, p. 237-259; e RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A convenção sobre a proteção e a promoção da diversidade cultural e a Constituição brasileira, In: *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico*. MARQUES, Cláudia Lima et al. (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141-52.

⁵⁴ Maiores informações sobre os vários eventos referidos podem ser acessados nas páginas oficiais da ONU (<<http://www.onu.org.br>>; e <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>) da Unesco (<www.unesco.org.br>), do Icomos (<<http://www.icomosbr.org>>) e do Iphan (<www.iphan.gov.br>).

⁵⁵ 1980, Cidade Histórica de Ouro Preto, Minas Gerais; 1982, Centro Histórico de Olinda, Pernambuco; 1983, Missões Jesuíticas Guarani, Ruínas de São Miguel das Missões, Rio Grande do Sul e Argentina; 1985, Centro Histórico de Salvador, Bahia; 1985, Santuário do Senhor Bom Jesus de Matosinhos, Congonhas do Campo, Minas Gerais; 1987, Plano Piloto de Brasília, Distrito Federal; 1991, Parque Nacional Serra da Capivara, São Raimundo Nonato, Piauí; 1997, Centro Histórico de São Luís do Maranhão; 1999, Centro Histórico da Cidade de Diamantina, Minas Gerais; 2001, Centro Histórico da Cidade de Goiás; 2010, Praça de São Francisco, São Cristóvão, Sergipe; 2012, Rio de Janeiro, paisagens cariocas entre a montanha e o mar; 2016, Conjunto Moderno da Pampulha.

⁵⁶ Em 1986, Parque Nacional de Iguaçu, Foz do Iguaçu, Paraná e Argentina; 1999, Mata Atlântica, Reservas do Sudeste, São Paulo e Paraná; 1999, Costa do Descobrimento, Reservas da Mata Atlântica, Bahia e Espírito Santo; 2000, Complexo de Áreas Protegidas da Amazônia Central; 2000, Complexo de Áreas Protegidas do Pantanal, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; 2001, Áreas protegidas do Cerrado: Chapada dos Veadeiros e Parque Nacional das Emas, Goiás; 2001, Ilhas Atlânticas Brasileiras: Reservas de Fernando de Noronha e Atol das Rocas;

Diante do que, em 2016 o Tribunal Penal Internacional em 2016 condenou de Ahmad al-Faqi al-Mahdi a nove anos de prisão, pelas destruições dos mausolés e da mesquita, e, em 2017, determinou o dever de reparar e compensar vítimas da comunidade, por danos materiais e morais na ordem de 2,7 milhões de euros.⁵⁷

Portanto, em linhas breves e gerais, seriam esses os dispositivos aptos a indicar o relevo e os estágios pelos quais passaram os institutos que contemplam a tutela do patrimônio cultural ora estudado.⁵⁸

1.2 CRONOLOGIA NACIONAL PROTETIVA

A proteção do patrimônio cultural, do ponto de vista da tutela penal, encontra-se atualmente contemplada na Lei nº 9.605/1998, dentro do Capítulo V, que cataloga os delitos ambientais, na sua Seção IV “Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”, entre os artigos 62 e 65.

Nesse contexto, longo foi o percurso até ser atingido tal estágio de proteção penal. Na época do Brasil Colônia, sob a égide do Código Filipino, das Ordenações do Reino, encontramos nos títulos 64, 86 e 87 tipos que preveem as condutas e as penas do dano praticado contra o patrimônio, além do delito previsto no título 75, que penalizava a ação “Dos que cortão Arvores de fructo, ou Soveiros ao longo do Tejo”.⁵⁹

Igualmente, em 13 de março de 1797 fora editada a Carta Régia, a qual registrava em seu conteúdo que era “necessário tomar todas as preocupações para a conservação das matas do Estado do Brasil, e evitar que elas se arruinem e destruam”.⁶⁰

Desse modo, importa observar que, de fato, muitos dos editos da época, apesar de aparentemente demonstrar alguma preocupação de caráter ambiental, na

⁵⁷ Sobre a temática ver SOARES, Inês Virgínia; FARIAS, Talden, Crime de destruição de patrimônio cultural da humanidade e ecocídio, Boletim Conj. de 19 nov. 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-19/ambiente-juridico-crime-destruicao-patrimonio-cultural-humanidade-ecocidio>. Acessado em 21 nov. 2022.

⁵⁸ FLACH, Michael Schneider. Patrimônio Cultural, Proteção e Meio Ambiente, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 4, n. 12, p. 219-252, set./dez. 2015.

⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 143, de acordo com a grafia original.

⁶⁰ MAGALHÃES, Juraci Perez. *A Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 24-9.

verdade eram dirigidos ao proveito econômico e extrativista que a conservação e correta exploração dos nossos recursos naturais poderia propiciar ao reino lusitano. Exemplo disso temos nos Regimentos do “Pau-Brasil” (1605) e do “Corte de Madeiras” (1799).

Sob a tutela de Dom Francisco Xavier de Meneses (4º Conde da Ericeira) um grupo de nobres e estudiosos começa a reunir-se em Lisboa, a partir de 1717, para tratar em nível de academia sobre temas ligados à história e à cultura. Tal culmina na fundação da Academia Real de História, por Decreto em 08 de dezembro de 1720. Esta passa a ser incumbida da salvaguarda de bens culturais, inclusive por força da missão contida no Alvará de Dom João V, de 20 de agosto de 1721, sobre proteção de edifícios, monumentos e estátuas antigas.⁶¹

Com efeito, podemos firmar como um dos primeiros e mais importantes atestados de zelo para com o nosso patrimônio cultural a missiva subscrita por D. André de Melo e Castro, Vice-Rei do Brasil, em 05 de abril de 1742, e enviada ao então Governador de Pernambuco, Luiz Pereira Freire de Andrade, na qual expõe sobre os temores às necessidades para com a preservação de alguns edifícios históricos, entre eles o Palácio das Duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau, diante da sua utilização espúria e inadequada como quartel militar.⁶²

Em 1802, ainda na época da Colônia de Portugal, o Bibliotecário Maior da Biblioteca Pública de Lisboa recebeu o encargo de Inspetor dos Monumentos Nacionais, por Alvará Real que lhe incumbiu da “conservação e integridade das estátuas, mármore, cipos e outras peças de Antiguidade”. E em 1890, mas em solo português, foi criada uma Comissão de Monumentos Nacionais.⁶³

Após a independência, surge em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil, o qual previa nos artigos 266 a 268 o “Damno” contra a propriedade

⁶¹ FRANÇA, José-Augusto. O património cultural – sentido e evolução. In *Direito do património cultural*. MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares (Org.), Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 25, conforme no livro “O Culto da Arte em Portugal”, de 1896, por Ramalho Ortigão, previa o Alvará: “daqui em diante nenhuma pessoa de qualquer estado, qualidade e condição que seja, [possa] desfazer ou destruir em todo nem em parte, qualquer edifício que mostre ser daqueles tempos (assim designados Fenícios, Gregos, Persas, Romanos, Godos, Arábios) ainda que em parte esteja arruinado e da mesma sorte as estátuas, mármore e cipos...”. Porém, a França lamenta que, “se ele tivesse sido obedecido, através dos tempos, desde 1721, muitadesgraça se tinha poupado a este País, em termos de Património”.

⁶² LEMOS, Carlos A. C. *O que é património histórico*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 34.

⁶³ FRANÇA, p. 26-33, explicando que o Bibliotecário Mor do Reino escreveu ao Governo dizendo que o Alvará de 1802, baseado no de 1721, estava obsoleto, sendo “preciso uma nova lei, com mais força e maior actualização”. Outrossim, em 1890, o Brasil já era uma República.

particular; e, entre os crimes contra o “Thesouro Publico e a propriedade publica”, aotipificar: “Art. 178. Destruir, abater, mutilar, ou damnificar monumentos, edificios,bens públicos ou quaesquer outros objetos destinados à utilidade, decoração, ou recreio publico”.⁶⁴

Advindo a República, entra em vigor o Código Penal de 1890, que nos artigos 326 a 329 arrola o dano entre os Crimes contra a Propriedade Pública e a Particular. Novamente, não havia qualquer previsão específica quanto ao patrimônio histórico ou cultural. Porém, a exemplo do que já delineava a lei Imperial e, agora, de modo reforçado, incidia uma preocupação maior com certas categorias de bens de valor coletivo mais expressivo, o que pode ser observado no conteúdo do art.

328.⁶⁵ Ainda, o Decreto nº 870/1890 exclui de tarifa alfandegária as obras de arte que pudessem contribuir para o engrandecimento da nação.

Com efeito, simétrica descrição faria a Consolidação das Leis Penais de 1932, tratando a matéria nos artigos 326 a 329 e adotando idêntica redação no seu art. 328. Por sua vez, o Código Civil (Lei nº 3.071, de 1916) elencava dispositivos comuns aos bens imóveis, à propriedade e seu uso nocivo, aos direitos de vizinhança e construção, responsabilidade civil e obrigação, sem tratar do patrimoníocultural.

Entretanto, tais questões sofreriam uma notável alteração no seu rumo, a partir dos movimentos de valorização da arte e da cultura brasileira, da década de 1920, entre eles a Semana da Arte Moderna de 1922. Em termos normativos, em 1920, a Sociedade Brasileira de Belas Artes, pelo Presidente Bruno Lobo, encarregou o Professor Alberto Childe de elaborar um anteprojeto em defesa do patrimônio artístico nacional, mais direcionada para os bens arqueológicos, o qual não teve sucesso pelas restrições que representaria aos proprietários de terra.⁶⁶

Em 1922, o Decreto nº 15.596 instituiu o Museu Histórico Nacional com a finalidade de angariar, classificar e expor objetos de importância histórica. Em 1923, um projeto apresentado na Câmara pelo Deputado Luiz Cedro pretendia organizar a proteção dos monumentos artísticos. Em 1924, o Deputado Augusto de Lima

⁶⁴ PIERANGELI, op. cit., p. 257, de acordo com a grafia original.

⁶⁵ PIERANGELI, op. cit., p. 257, p. 310 e 386. A redação do art. 328 era: “Destruir, abater, mutilar, ou damnificar monumentos, estatuas, ornamentos ou quaesquer objectos destinados à decoração, utilidade, ou recreio público”.

⁶⁶ José Eduardo Ramos Rodrigues; Marcos Paulo de Souza Miranda. Estudos de direito do patrimônio cultural, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 199.

apresentou na Câmara um projeto que visava proibir a saída de obra de arte antiga para o estrangeiro, mas que não teve êxito por restringir direitos de propriedade. Em 1925, o Governador mineiro Mello Viana, após estudos do jurista Jair Lins, encaminhou proposta ao Congresso Nacional para impedir a dispersão do patrimônio histórico e artístico das tradicionais cidades de Minas Gerais, porém, também não teve sucesso.⁶⁷

Após, iniciativas estaduais locais lograram aprovação e atingiram o seu escopo, como: as Leis do Estado da Bahia nº 2.031 e nº 2.032 de 1927 que instituíram a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais e a Lei nº 1.998/28 de Pernambuco, a qual criava Inspetoria similar. Em 1930, o Deputado José de Araújo Pinho apresenta ao Congresso Nacional projeto de lei sobre a proteção de monumentos históricos, o qual é paralisado pela dissolução do Legislativo com a revolução de 1930. Todavia, em seguida, o patrimônio cultural imóvel de Ouro Preto, em Minas Gerais, recebe proteção com os Decretos nº 13/1931, nº 25/1932 e o Decreto Nacional nº 22.928/33, o qual erigia a cidade de Ouro Preto à categoria de “Monumento Nacional”, vindo a firmarem importante marco significativo na área.⁶⁸

Em 1933 ocorre em Montevideo a Sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos, a partir da qual o Brasil assina, em 1935, o Pacto de Röerich para preservar todos os “monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas e culturais”, em tempos de guerra e paz, cujo Decreto nº 1.087/1936 promulga o Tratado. Nesse compasso, o novo regime instalado após o movimento de 1930 traria importantes avanços em tal área.⁶⁹

Diferente das Constituições de 1824 e 1891 – preocupadas em consagrar o direito à propriedade privada – a Carta de 1934 estabelecia no seu art. 10, III, a competência comum da União e dos Estados de “proteger as belezas naturais e os

⁶⁷ RODRIGUES; MIRANDA, op. cit., 2012, p. 200.

⁶⁸ RODRIGUES; MIRANDA, op. cit., 2012, p. 201; RODRIGUES, op. cit., p. 28; MIRANDA, Souza, op. cit., 2017, p. 6-9.

⁶⁹ FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 208; LOPEZ, Luiz Roberto. *República*. São Paulo: Contexto, 1997. p. 51; e VELLOSO, Mônica Pimenta. Os intelectuais e a política cultural do estado novo. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). *O Brasil republicano: O tempo do nacional-estatismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 148-9, explicam que o Estado Novo realizou uma busca pelas raízes brasileiras, visando à integração nacional e à eliminação das fragmentações, agrupando as camadas sociais a uma só unidade: a Nação. Era um nacionalismo que procurava superar o regionalismo, criando um país novo e dinâmico, inclusive por meio da relação com os intelectuais, os quais são inseridos neste seu modelo de organização político-ideológica do Estado.

monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão das obras de arte”. Na mesma linha, a nova Constituição Federal de 1937 representou avanços ao determinar no seu artigo 134 que:

Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Em 1935, durante o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Natureza, no Rio de Janeiro, surge a ideia de um órgão de proteção. Então, da inteiração de Gustavo Capanema com Mário de Andrade, entre outros,⁷⁰ é concebido o SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, instituído pela Lei nº 378 de 13/01/1937, sob a Presidência de Rodrigo Melo Franco de Andrade, historiador, jornalista e advogado.

A seguir, pelas mãos de Gustavo Capanema e Mário de Andrade é levado ao Presidente Getúlio Vargas um anteprojeto de lei, aprovado na Câmara de Deputados e no Senado, mas que acaba sendo promulgado já no Estado Novo. Trata-se do Decreto-lei nº 25,⁷¹ de 30 de novembro de 1937, o qual “Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” e logo no seu artigo 1º já determina que constitui o “patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, em virtude do seu vínculo a fatos memoráveis da história do Brasil ou pelo “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”

⁷⁰ Outros importantes nomes participaram desse primeiro momento, tais como Oscar Niemeyer, Luiz de Castro Faria, Sérgio Buarque de Holanda, Heloísa Alberto Torres, Gilberto Freyre, Carlos Drummond de Andrade, Renato Soeiro, Lúcio Costa, Lígia Martins Costa, Sílvio Vasconcelos, Augusto Carlos da Silva Teles, Alcides da Rocha Miranda, José de Sousa Reis, Edson Motta, Judith Martins e Luís Saia. Disponível em: <https://www.gov.br/iphan/pt-br/assuntos/noticias/dia-do-patrimonio-cultural-relembra-a-historia-do-iphan>. Acessado em: 17 ago. 2021.

⁷¹ BORGES, Marco Antônio. O tombamento como instrumento jurídico para a proteção do patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, 2001, nº 22, p. 261, cita que a norma foi inspirada em projeto da autoria de Mário de Andrade em 1936, figura que impulsionou o Modernismo. Conforme TUFANO, Douglas. *Estudos de literatura brasileira*. São Paulo: Moderna, 1990, p. 227, Mário A. foi “um dos mais dinâmicos batalhadores pela renovação da arte brasileira”. Vide IPHAN, *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, nº 30, Mário de Andrade, 2002. Sobre o SPHAN ver SANTOS, Mariza Veloso Motta. Nasce a academia SPHAN. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Rio de Janeiro, Arquivo do IPHAN, s.d., p. 77-96.

Salvo poucas alterações, tal Decreto permanece em vigor constituindo-se de grande valia pela série de instrumentos instituídos, entre os quais a figura jurídica do “tombamento”, que era da competência do recém-criado Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, cuja função atualmente é ocupada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, órgão vinculado ao Ministério da Cultura, que compreende a principal missão de preservar o patrimônio cultural brasileiro. Na sequência, teríamos o Decreto-lei nº 3.866/1941, que dispõe sobre o tombamento de bens do SPHAN, e o Decreto-lei nº 4.146/1942, que trata da proteção de depósitos fossilíferos.

Posteriormente, e complementando o fim repressivo contido na parte final do art. 134 da norma constitucional então em vigor, é editado o Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 1940, com tipo específico no art. 165 para o dano em coisa tombada: “Art. 165. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico.”⁷²

Contudo, as alterações no quadro político que provocariam a edição das Constituições de 1946 (art. 175),⁷³ de 1965 ou 1967 (art. 172),⁷⁴ e da Emenda de 1969, trariam uma involução diante da carta de 1937 por serem normas muito mais pragmáticas do que práticas na medida em que se preocupavam em enumerar as categorias de bens a serem tuteladas, sem exprimir um conceito próprio sobre patrimônio cultural. Aqui, para Rodrigues, a primeira retrocedeu em relação à carta de 1937, tornando a proteção do patrimônio cultural norma meramente pragmática, o que se repetiria na lei magna de 1967 e na sua emenda que sustentou a mesma redação da última, em franco prejuízo a tais bens.⁷⁵

⁷² Ainda, o “Art. 166 – Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.” Ver as considerações de DOTTI, René Ariel. *Código Penal. Atualização, Notas e Índices*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 170, sobre o teor do Anteprojeto (art. 420) do Código Penal de 1940.

⁷³ “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.”

⁷⁴ “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 de 1969 manteve a redação.

⁷⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 30, aduz que diante desta lacuna prevaleceria o conceito de excepcionalidade do art. 1º, do DL nº 25/37, o que significou prejuízo à preservação de certas edificações características, mas dotadas de menor relevo arquitetônico e histórico ou ligadas ao cotidiano de classes menos favorecidas. Como consequência, a “arquitetura eclética do final do século XIX e início do XX, tão característica das cidades brasileiras mais importantes da época”,

Em seguida, o Brasil conheceria um novo Código Penal, cujo anteprojeto fora apresentado pela primeira vez por Nelson Hungria, em 1963, e, após várias revisões, seria instituído pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, recebendo alterações por via da Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Embora tal Código jamais tenha entrado em vigor, o art. 176 trazia um tipo específico para o “dano em coisa tombada”.⁷⁶ No caso, destaca-se que a sua sanção máxima de até quatro anos é superior à do Código Penal de 1940 e mesmo da moderna Lei dos Crimes Ambientais de 1998. Ademais, o zelo do legislador da época fica bem claro na Exposição de Motivos.⁷⁷

A partir disso, nos perguntamos, em que momento da nossa história o patrimônio cultural esteve em maior perigo? No passado, quando todo o seu esplendor não era (re)conhecido e muitos aspectos eram ignorados? No presente, em que convivemos com a fúria especulativa do mercado imobiliário, a crescente urbanização e a busca contínua por mais espaços? Ou no futuro que se avizinha pessimista diante dos modernos riscos e da expectativa de uma crescente degradação do meio e do ambiente?

Em verdade, cremos estarmos vivenciando um difícil momento de transição, no qual se não forem aperfeiçoados os instrumentos de proteção, para adequá-los às demandas da atualidade, em especial as de caráter especulativo e expansivo, estaremos acelerando ainda mais a degradação do nosso patrimônio cultural, com grande risco de irreversibilidade para uma série de bens. A resposta para tal problema e o reequilíbrio do quadro, passaria necessariamente pela edição de um Estatuto do Patrimônio Cultural.

quase desapareceu por preconceito de técnicos modernistas “e que consideravam aquela manifestação artística como desprovida de qualquer valor cultural que justificasse a sua preservação pelo tombamento”.

⁷⁶ “Art. 176. Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de seu valor artístico, paisagístico, arqueológico, histórico, etnográfico ou bibliográfico: Pena – detenção, de um a quatro anos, e pagamento, de trinta a oitenta dias-multa.”

⁷⁷ PIERANGELI, op. cit., p. 525, cita o texto expositivo no qual “Tutela-se agora a coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de seu valor artístico, paisagístico, arqueológico, histórico, etnográfico ou bibliográfico. A pena, que na legislação atual era menor que a do dano qualificado, é agora majorada, em vista de ofender bens de ordem cultural, que dificilmente poderão ser restaurados”.

Prosseguindo, em 15 de julho de 1965 entrava em vigor a Lei nº 4.737, o nosso “Código Eleitoral”, o qual nos seus artigos 328 e 329⁷⁸ criminalizava com detenção de seis meses a dois anos e multa os atos de inscrição, pintura e colocação de cartazes em monumento ou coisa tombada, para fins de campanha e propaganda eleitoral.

Nesse ínterim, entre as décadas de 1960 e 1980 o país passaria por um conturbado período político,⁷⁹ no qual foram promulgadas várias normas de proteção ao meio ambiente e patrimônio cultural, como a Lei nº 3.924/61, que dispõe sobre “monumentos arqueológicos e pré-históricos”;⁸⁰ a Lei nº 4.845/1965, que “proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período Monárquico”; a Lei nº 5.471/1968 proíbe a “exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX”. Na década seguinte a Lei nº 6.292/75, que trata do “tombamento de bens do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”; a Lei nº 6.513/77, sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural a serem protegidos. Esta também altera a Ação Popular, Lei nº 4.717/1965, para na sua abrangência incluir os bens e direitos de valor “artístico, estético, histórico ou turístico”. Por fim, o decreto 80.798/77 Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural da Unesco 1972.

Em 1981 é instituída a Lei nº 6.938, que dispõe sobre a “Política Nacional do Meio Ambiente”. Após, em 1985 é promulgada a Lei nº 7.347, que disciplina a ação civil pública, constituindo-se em fonte protetiva ambiental, cultural e urbanística, “a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, independente de tombamento ou não. E em 1986 é editada a Lei nº 7.542, sobre bens na área marítima.

⁷⁸Infelizmente e inexplicavelmente, os dispositivos em questão foram revogados pela Lei nº 9.504 de 1997, criando aqui mais uma zona de infraproteção.

⁷⁹ Entre os eventos importantes do período está o Encontro dos Governadores de Estado, Secretários Estaduais da Área Cultural, Prefeitos de Municípios Interessados, Presidentes e Representantes de Instituições Culturais, gerando o “Compromisso de Brasília” de 1970; e o Encontro de Governadores para Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Natural do Brasil, de Salvador, em 1971.

⁸⁰ SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. Compatibilizando os instrumentos legais da preservação arqueológica no Brasil: o decreto-lei nº 25/37 e a Lei nº 3.924/61. *Revista de Arqueologia*, v. 9, 1996, p. 11.

Contudo, o instrumento mais importante adveio com a nova Carta Magna de 05 de outubro de 1988 e a redação conferida pelo seu artigo 216:⁸¹

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.

§ 1º 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.

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

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

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

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

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais; II -

serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.⁸²

⁸¹ Os artigos 215 (sobre a cultura) e 216 da CF sofreram alterações pelas Emendas Constitucionais nº 42/2003, nº 48/2005 e nº 71/2012. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 96/2017 acresceu o § 7º ao art. 215 da CF, prevendo que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, [...] registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”.

⁸² Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V -

integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI -

complementaridade nos papéis dos agentes culturais;

VII - transversalidade das políticas culturais;

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;

A partir disto, a proteção do nosso patrimônio cultural alcança padrões internacionais, tutelando não apenas bens materiais, mas também os imateriais, sejade modo individual ou coletivo. Não se restringindo apenas a conceitos de história, cultura e a exigências de monumentalidade, mas também vislumbrando valores de teor sociológico. Não mais exigindo que o objeto seja de excepcional valia, contudo, observando a sua condição de portador “de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores” da nossa sociedade. Igualmente, fora ampliado o leque dos meios de proteção, não mais restritos só ao tombamento, mas ora integrado por “inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação” e por “outras formas de acautelamento e preservação”.

Tais inovações bem demonstram o espírito do constituinte em prestigiar os bens culturais por via de vários instrumentos de tutela, cercando-os do máximo zelo e consciência possíveis. Ademais, a missão de promover e proteger o patrimônio cultural agora cabe tanto ao Poder Público como a comunidade, o que inclusive vem ao encontro do disposto no art. 23, III, IV e V, da CF, o qual estabelece ser comum competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, e proteger o meio ambiente (conforme o seu art. 225).

IX - transparência e compartilhamento das informações;

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI -

descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: I - órgãos gestores da cultura;

II - conselhos de política cultural; III

- conferências de cultura;

IV - comissões intergestores; V - planos de cultura;

VI - sistemas de financiamento à cultura;

VII - sistemas de informações e indicadores culturais; VIII -

programas de formação na área da cultura; e

IX - sistemas setoriais de cultura.

§ 3º Lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo.

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

Após a Constituição de 1988, foram editadas ainda outras legislações de relevo, como o Decreto 99.556/1990 sobre o Patrimônio Espeológico, a Lei nº 8.313/1991 (*Rouanet*) que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura; a Lei nº 8.159/1991 sobre os Arquivos; a Lei nº 8.394/91, dispondo sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos Presidentes das Repúblicas; a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/99); o Decreto nº 3.166/1999, que promulga a Convenção de Unidroit sobre bens culturais furtados ou licitamente exportados; o Decreto nº 3.551/2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial; a Lei nº 9.985/2000, que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e que, no seu artigo 4º, VIII, arrola entre os seus objetivos “proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural”.E, ainda, em especial, a Lei nº 9.605/1998, dos crimes ambientais, e os seus regulamentos (Decreto nº 3.179/1999 e Decreto nº 6.514/2008).

No atual século temos a Lei nº 10.257/2001, ou “Estatuto da Cidade”; a Lei nº 10.413/2002, que determina o tombamento dos bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização; o Decreto nº 5.520/2005 que institui o Sistema Federal de Cultura e o Conselho Nacional de Política Cultural; a Lei nº 11.483/2007 que trata sobre a revitalização do setor ferroviário; a Lei nº 11.578/2007, e os seus Decretos posteriores dispondo sobre o chamado “PAC das Cidades Históricas”; as Leis nº 11.904 e nº 11.906/2009, as quais instituem o Estatuto dos Museus e a criação do Instituto Brasileiro de Museus, respectivamente (regulamentadas pelo Decreto nº 8.124/2013); a Lei nº 12.343/2010, que cria o Plano Nacional da Cultura; o Decreto nº 7.107/2010, que promulga o acordo entre o Brasil e a Santa Sé, reconhecendo que o patrimônio cultural e acervos da Igreja Católica “constituem parte importante do patrimônio cultural brasileiro”; a Lei Complementar nº 140/2011 sobre a proteção de paisagens naturais notáveis; a Lei nº 12.651/2012, ou “Código Florestal”, a Lei nº 13.089/2015, ou “Estatuto da Metrópole”, e a Lei nº 14.017/2020 que dispõe sobre ações emergenciais ao setor da cultura durante a pandemia do coronavírus.

Após o incêndio que devastou a maior parte do acervo do Museu Histórico Nacional do Rio de Janeiro, antigo Museu Real fundado por Dom João VI em 1818, o IPHAN editou a Portaria nº 366 de 4 de setembro de 2018, dispondo sobre diretrizes para projetos de prevenção e combate ao incêndio e pânico em bens edificados tombados, nas áreas do seu entorno e nos bens inscritos na Lista do Patrimônio Cultural Ferroviário.

Outrossim, analisando a evolução no Estado do Rio Grande do Sul, pontuamos que no ano de 1938 foi tombado pelo IPHAN o Sítio Arqueológico de São Miguel das Missões, remanescente dos Sete Povos, o qual em 1983 foi declarado pela Unesco como Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da Humanidade.

Por sua vez, a temática começa a receber especial atenção a partir do ano de 1954, com a criação da “Divisão de Cultura do Estado”, incumbida da defesa do patrimônio arquitetônico e cultural e da difusão do folclore. Em 1964 esta vem a contar com a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, a qual, em 1979, passa a se chamar Coordenadoria do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado. Sendo que a partir do ano de 1990 tal aparato recebe a denominação ainda vigente de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado – IPHAE.⁸³

Já no âmbito legislativo estadual, cita-se a Lei nº 7.231/78, que dispõe sobre o Patrimônio Cultural do Estado; o Decreto nº 31.049/83, sobre o sistema de preservação do patrimônio cultural; a Lei nº 9.512/1992 que institui o Código Florestal do Estado/RS e o seu Decreto nº 36.636/1996, que delimita a área de Mata Atlântica; a Lei nº 10.116/94, do Desenvolvimento Urbano; o Decreto nº 41.927/2002 que cria o comitê de proteção do patrimônio paleontológico; as Leis nº 11.380/99 e nº 11.738/2002 que tratam dos sítios arqueológicos e acervos; a Lei nº 11.520/2000, a Lei nº 13.678/2013, dispondo sobre o Patrimônio Cultural Imaterial do Estado/RS; e a própria Constituição Estadual/1989. E, mais recente, o novo Código Estadual do Meio Ambiente, Lei nº 15.434/2020, que no seu art. 15 prevê o patrimônio cultural⁸⁴ dentre os objetivos do planejamento ambiental.

⁸³ Vide: <www.iphae.rs.gov.br>, no qual ainda consta o rol de bens tombados no Estado do RS.

⁸⁴ Art. 15. O planejamento ambiental tem por objetivos:

I - implementar a Política Estadual do Meio Ambiente;

II - articular os aspectos ambientais dos vários planos, programas e ações previstos na Constituição do Estado e na legislação, em especial, relacionados com: [...]

Assim sendo, considera-se concluída a análise sobre a evolução dos institutos citados, os quais remotamente zelavam pelo valor patrimonial ordinário e seus danos para, após, reconhecerem a importância da tutela do patrimônio cultural do Brasil.

Diante do que, podemos observar que é relativamente recente a instituição de mecanismos de proteção nacional do nosso patrimônio histórico. Muito diferente do que se verifica na Europa, e em especial na Península Ibérica, em que já, há alguns séculos, está assentada a preocupação para com a tutela dos seus valores culturais, os quais estão posicionados nos degraus mais altos do ordenamento jurídico.

i) patrimônio cultural, estadual, especialmente os conjuntos urbanos e sítios de valor ecológico; [...] VII - criar, demarcar, garantir e manter as Unidades de Conservação, áreas de sítios históricos, arqueológicos, espeleológicos, de patrimônio cultural, artístico e paisagístico e de ecoturismo;

2 A CONSISTÊNCIA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Pretendemos aqui abordar a consistência do Patrimônio Cultural, verificando os seus conceitos doutrinários e da expressão *bem cultural*, além da sua inclusão no arcabouço legislativo dos respectivos ordenamentos, os quais possuem a capacidade de defini-lo. Da mesma forma, realizaremos uma abordagem do patrimônio cultural enquanto não apenas um *direito* de fruição, como também um *dever* de preservação, com amarras e simetrias nos direitos sociais e fundamentais, de acordo com as cartas constitucionais analisadas.⁸⁵

A consistência do patrimônio cultural reside na importância de estabelecermos um conceito que detenha uma certa abrangência, mas, ao mesmo tempo, possibilitando uma abertura para se adaptar à realidade sempre em transformação, permitindo uma evolução do que sejam os bens culturais. Ademais, importa estabelecer em que categoria se enquadra o direito do patrimônio cultural, o qual atualmente conquistou a condição de uma disciplina autônoma e transita entre os direitos sociais e fundamentais.

2.1 A CONCEITUAÇÃO DE PATRIMÔNIO E DE BEM CULTURAL

O termo patrimônio deriva do latim *patrimonium*, em relação aos bens que uma pessoa herdaria dos seus antepassados.⁸⁶ A palavra cultura tem idêntica raiz de *cultus*, aplicando-se às atividades humanas mais variadas.⁸⁷ Em termos amplos refere-se à produção material e imaterial de indivíduos, de uma coletividade ou mesmo da humanidade. E, no aspecto legal, é a produção humana tutelada juridicamente, ligada “às artes, à memória coletiva e ao repasse dos saberes, e

⁸⁵ Ver mais em: FLACH, Michael Schneider Flach. *A Consistência do Patrimônio Cultural, Conceito e Constitucionalização*. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, ano XVII, nº 100, Fev-Mar 2022, p. 156-185.

⁸⁶ TUGORES TRUYOL, Francesca; FERRES PLANAS, Rosa. *Introducción al patrimonio cultural*. España: Trea, S. L., 2006, p. 17.

⁸⁷ ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. El régimen jurídico del patrimonio cultural. Madrid: Dykinson, 2016, p. 15, 17 e 69, cita que de acordo com a Real Academia Española cultura significa “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”, e que para os autores pode ser sintetizado como o “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.” Ainda, aponta o patrimônio cultural como o “conjunto de bienes que han sobrevivido y que se pretende proteger”, sejam bens móveis, imóveis ou imateriais, podendo ser de caráter artístico, histórico, arqueológico, documental, bibliográfico, paleontológico, científico ou técnico.

vinculada ao ideal de aprimoramento,” visando à dignidade de indivíduos e da espécie como um todo.⁸⁸

O *patrimônio* é um conceito jurídico e, se “utilizado no sentido mais amplo, como conjunto de direitos e deveres”, pode quedar-se ainda além do que se pretenderia incluir na expressão “patrimônio cultural”. E, por certo, esta sua noção “implica uma desconstrução do conceito privatístico” de patrimônio, como ligado à propriedade e ao valor econômico da coisa, para “atender ao critério político seguido pelo legislador, ligado à sua concepção” cultural. Logo uma noção de patrimônio cultural em termos jurídicos “passa por uma teorização do lugar da cultura na comunidade que procura estabelecer” a sua regulação.⁸⁹

De acordo com França, o “conceito de Patrimônio é um conceito que, por ser histórico, remete para um conceito de História”, e um “processo de estruturas sucessivas, ao longo do tempo”.⁹⁰ Enquanto que os bens culturais possuem existência individual ou conjunta, material e ou imaterial, podendo ser de um pertencimento cultural ou integrarem parte de um acervo municipal, estadual, nacional ou até da humanidade.

Para Jorge Miranda, a cultura é tudo que tem significado espiritual e relevância coletiva, o que se reporta a bens não econômicos e o que tem a ver com a criação humana.⁹¹ A cultura envolve as relações humanas no espaço e no tempo, o passado e o futuro, a evolução humana e a sua civilização. Tal impacta no

⁸⁸ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 49; e CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 22-3. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1985, explica que cultura é “tudo aquilo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados ao verbo cultivar”.

⁸⁹ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal. In *Direito do património cultural*, op. cit., p. 205-8.

⁹⁰ FRANÇA, op. cit., p. 23-5, argumenta que tal se deve ao filósofo inglês Francis Bacon, e ao seu *Novum Organum*, “nele, em 1620, se torna a natureza ‘historiável’ – a natureza e a nossa experiência de homens”, dando um “sentido historiável a nossa experiência”. Após, em torno de 1750, surgem os movimentos Neogótico e Neoclássico e que “vão desembocar no Romantismo”, então “nos finais do séc. XVIII e princípios do séc. XIX que temos de nos deter para ver que respeito e que consideração passou a haver pelo Patrimônio”. De acordo com BAUMER, op. cit., p. 66-7, para Bacon, a filosofia natural deve considerar-se “a grande mãe das ciências”, como o suporte da árvore do conhecimento, a partir do qual os outros ramos ganham consistência e crescem. Nela está o “reino humano do conhecimento”, o qual o homem adquire por meio do sentido e por vezes da ciência em geral, tendo ele direito e poder sobre esta natureza.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. O património cultural na constituição portuguesa. In: *Novos Estudos de Direito do Património Cultural*, tomo II, RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins, Vila Franca de Xira: Petrony, 2019, p. 7.

patrimônio cultural que “incorpora qualidades emotivas no processo de identificação e apropriação dos signos e símbolos, sempre evoluindo e agregando novos valores aos bens que conformam o patrimônio cultural reconhecido pelo Estado”.⁹²

A cultura “abrange todos os objetos ou operações que a natureza não produz”, dentro de um “conjunto de atividades lúdica ou utilitárias, intelectuais e afetivas que caracterizam especificamente um determinado povo”.⁹³ Podendo tanto se falar da cultura de um determinado grupo social como também da universal, enquanto herança pública e social da humanidade tal qual um todo.

Da junção de *patrimônio* com *cultural* temos um conjunto de objetos (móveis ou imóveis) e de manifestações decorrentes tanto da produção humana como da sua interação com a natureza, e da própria paisagem, revestidos de importante testemunho do progresso da civilização e da herança histórica de uma sociedade, enquanto referencial e elemento significativo desta e da identidade do seu povo.⁹⁴

Estabelecendo cultura como resultado da produção humana, temos enquanto patrimônio cultural uma abrangência mais restrita, consistente em produções que “por suas peculiaridades (especiais atributos de antiguidade, raridade, beleza, exemplaridade, autoria, vínculo com fatos históricos, memoráveis, significância social, etc.) representam marcos identitários”, para determinado bem cultural, povo e sociedade.⁹⁵

⁹² GALVÃO JUNIOR, José Leme. A preservação do patrimônio cultural como direito à memória. In: Patrimônio Cultural Brasileiro. Poder Judiciário, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2022, p. 15 e 18.

⁹³ SARAIVA, Antônio José. O que é cultura. Lisboa: Difusão Cultura, 1993, p. 11.

⁹⁴ PEREIRA JÚNIOR, Magnos Vasconcelos. Patrimônio cultural e institucionalização da memória coletiva. *Biblio 3 W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XXIII, nº 1239, jun. 2018, p. 3, concluindo que o patrimônio cultural reforça o sentimento de comunidade, ele “se herda, se transmite, se modifica e se aprimora” nas gerações; CUSTÓDIO, Helita Barreiro. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da constituição federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, vol. 6., abr.-jun. 1997, p. 18, pontua que pelos valores e elemento básico da civilização, hoje o patrimônio cultural “constitui complexo de bens jurídicos protegidos em todos os níveis de governo”, mundialmente; e QUINTERO, Alberto Blanco- Uribe. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida. In: *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*, BREWER-CARÍAS, Allan R.; CORAO, Carlos Ayala, Caracas: Jurídica Venezolana, 2021, p. 1449, ao pontuar que: “el paisaje, bien o valor común jurídicamente tutelado, comprensivo de lo ambiental o natural (patrimonio natural), y de lo cultural (patrimonio cultural), desde lo universal y excepcional hasta lo local y cotidiano o tradicional, requiere de la implementación de políticas públicas de definición, valoración y ordenación territorial, con indispensable consulta pública y participación ciudadana, mediando la sensibilización y la educación para la ciudadanía y en derechos humanos, especialmente en lo ambiental y patrimonial, y de la efectiva disposición de acciones judiciales en manos de las personas real o potencialmente afectadas en su calidad de vida”.

⁹⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Introdução ao patrimônio cultural, Belo Horizonte: Editora 3i Ltda., 2021, p. 21-2, complementado que “É o patrimônio cultural que nos faz ser o que somos,

Ainda que o patrimônio cultural inclua em sua definição a cultura, nem toda a cultura é patrimônio cultural, mas apenas a parte assim reconhecida a partir de valores próprios, “num processo de seleção crítica no qual alguns objetos ou práticas são convertidos em bens culturais” – apesar de, desde sempre, conteremem seu âmago o conceito de cultura.⁹⁶

O patrimônio cultural é um conceito que abarca todo um conjunto de objetos, materiais ou imateriais, isolados ou reunidos, que são de interesse e dignos de proteção por determinada sociedade, pela importância e valor a ele atribuídos enquanto bens culturais, sem relação direta com o seu valor pecuniário e independente da sua titularidade.

Para Concepcion Rodriguez a cultura é um conceito amplo e genérico suscetível de múltiplas acepções, mas que pode ser definido como conjunto de modos de vida, costumes, conhecimentos e diferentes graus de desenvolvimento emdiversas áreas, como arte, ciência e até indústria, de um determinado povo, e que adquire conteúdo preciso em sua referência à civilização humana e vinculação coma história. E neste contexto, um bem será considerado como cultural e deverá ser protegido pela ordem jurídica em virtude de suas qualidades e características que sejam relevantes para sociedade, seja em virtude do seu valor histórico, artístico, arqueológico, documental ou mesmo ambiental.⁹⁷

representando o signo diferencial e a identidade sintetizadora dos valores básicos das formas de ser, fazer e existir do nosso povo, diferenciando-nos dos demais”

⁹⁶ GONZÁLES-VARAS, op. cit., p. 23. Invoca Edward Burnett Tylor no ensaio *Primitive Cultura* de 1871, segundo o qual a cultura é “todo esse complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbre y otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto que miembro de una sociedad.” A partir de tal definição são encontrados três elementos, de que a cultura: pertence ao gênero humano, é um fenômeno social e universal.

⁹⁷ BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Civitas, 1990, p. 168-9 e 196. Arrematando que: “bienes culturales son aquellos que nos aproximan al conocimiento de las formas de vivir, pensar y sentir de los hombres en concretas coordenadas de tiempo y lugar, resulta evidente que es ésta una cualificación que depende de las propias características intrínsecas al bien, de sus valores objetivos con independencia de la significación concreto en el mundo de la norma. *El Patrimonio Cultural es, por tanto, un concepto que vive en el propio ámbito de la realidad extrajurídica, de tal manera que cuando la Constitución reclama de los poderes públicos que garanticen su conservación y promuevan su enriquecimiento está aludiendo a una realidad subyacente cuya existencia en el orden jurídico no precisa, en principio, de declaración alguna*. E este sentido, el texto constitucional no hace otra cosa que acoger un concepto que ya existe en el orden de lo real, sobreponiéndole por razones de interés de un mandato jurídico. La norma fundamental toma, dicho en otros términos, un valor un interés perteneciente al mundo fáctico, convirtiéndolo en uno de los principios que conforman su sistema de valores”.

É possível também pontuar uma noção temporal com o patrimônio cultural, ea própria evolução e mudança em torno dos seus valores.⁹⁸ Todavia, de modo geral, podemos estabelecê-lo como uma forma de herança, com a transmissão do objeto e do seu valor, aliado à transmissão das próprias gerações que o tenham recebido e legado, formando um ciclo no qual o patrimônio cultural é, ao mesmo tempo, emissor e receptor de valores. Trata-se de um fio condutor levado ao longo de gerações, frente ao qual devem ser empregadas as devidas cautelas, para evitar que se desgaste e seja danificado, o que levaria ao fim da sua riqueza e do seu legado.⁹⁹

A redação constitucional do art. 216¹⁰⁰ representa grande evolução em relação aos preceitos do antigo Decreto-lei 25/1937,¹⁰¹ de modo que avançamos para além da característica de *monumentalidade*. Ainda assim, a lei de tombamento segue este com valor intrínseco e externo de grande valia, com raízes no latim *monumentum*, de “monere” ou “lembrar”, está ele ligado à ideia de um passado eloquente de uma memória importante, sendo erigido justamente por conta da grandiosidade de eventos, personagens, locais, princípios ou outro valor, sejam positivos ou negativos.¹⁰²

⁹⁸ PASTOR PÉREZ, Ana; DÍAZ-ANDREU, Margarita. 2022. Evolución de los valores del patrimonio Cultural, *Revista de Estudios Sociales* 80: 3-20, p. 7. Disponível em: <https://doi.org/10.7440/res80.2022.01>. Acessado em 05 maio 2022. Explica que: “los valores históricos y estéticos, que fueron los primeros en ser apreciados en Europa a inicios del siglo XX (Riegl 1903), y que se centraban en un reconocimiento del objeto o monumento por haber sobrevivido al paso del tiempo o por representar una serie de cualidades técnicas que reflejan la evolución de las habilidades humanas de fabricación o artesanía. Antiguamente, en Europa, la conservación de monumentos recaía principalmente en miembros de la monarquía, la aristocracia y las clases dirigentes, que, junto con la Iglesia, aportaban, entre otras cosas, la financiación para ello, como lo demuestran los varios edictos de los siglos XVII y XVIII realizados en Italia (Baldwin Brown [1905] 2011, 130). La apreciación de las cualidades históricas y estéticas de los monumentos seguía siendo un factor clave a principios del siglo XX [...]”. Ver também: JARAMILLO URIBE, Germán. Nuevos desafíos entre el discurso oficial y local del patrimonio cultural inmueble. *Revista Territorios* 44 / Bogotá, 2021, p. 1-21. Disponível em: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=8bc2a033-8779-4298-96db-3d4b4837fb39%40redis>. Acessado em 08 maio 2022.

⁹⁹ FONTAL MERILLAS, Olaia. El patrimonio cultural para el futuro: in paso por la postmodernidad. In: *Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*, GARCÍA OTERO, Juan Maria (Org.), Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2011, p. 323.

¹⁰⁰ Constituição Federal. 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 [...].

¹⁰¹ Decreto-lei nº 25/1937. Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional 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.

¹⁰² CHOAY, op. cit., p. 11-19, defende que para os que edificam e os seus destinatários, esta lembrança veicula, sendo o monumento uma “defesa contra o traumatismo da existência, um

Com efeito, quando a Constituição Federal emite um conceito próprio e sólido de patrimônio cultural, bem como determina que a sua promoção e proteção pública e social pode ser realizada por “outras formas de acautelamento e preservação”, temos uma fórmula de tutela que se alastra para muito mais do que meros aspectos normativos, congregando-se em campos diferentes e até cumulativos do direito (civil, penal e administrativo), conforme o caso.

Nesta linha, Souza Filho entende que o patrimônio cultural avança além do seu reconhecimento legal, pois o seu reconhecimento advém da expressão reveladora de uma determinada cultura, a qual é parte de um contexto maior (nacional ou até internacional). Desta forma, independente de instrumento legal, “com ou sem reconhecimento jurídico, o conjunto de bens materiais e imateriais que garantem ou revelam uma cultura são patrimônio cultural daquela cultura”.¹⁰³

Os bens culturais são específicos elementos eleitos da cultura elevados à condição de representativos dos valores culturais de uma determinada sociedade, independente do seu prévio reconhecimento por lei, ato administrativo ou decisão judicial, já que a Constituição não exige esta formalidade anterior.¹⁰⁴ Porém, é fundamental que ele seja portador de identidade cultural, o que também faz com que o mais relevante não seja o bem material ou imaterial em si, mas o significado a ele atribuído, o qual exatamente se traduz no seu valor cultural.¹⁰⁵

César Mantilla formula um conceito aberto e não fechado, considerando as alterações e movimentos nos processos e fenômenos culturais. Para ele o patrimônio cultural é o “conjunto de bens tangíveis e intangíveis que refletem uma herança cultural de um povo, etnia e/ou grupo social”, os quais acabam por “determinar um sentido de pertencimento as suas distintas produções e imaginários

dispositivo de segurança”, o qual “assegura, acalma, tranquiliza, conjurando o ser do tempo” e tentando combater a angústia do aniquilamento. E GOFF Jaques Le. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão et al., Campinas: Unicamp, 1990, p. 535, explica que o “verbo *monere* significa 'fazer recordar', de onde 'avisar', 'iluminar', 'instruir'. O *monumentum* é um sinal do passado. Atendendo às suas origens filológicas, o monumento é tudo aquilo que pode evocar o passado, perpetuar a recordação, por exemplo, os atos escritos”.

¹⁰³ SOUZA FILHO, op. cit., p. 39, concluindo que “se o direito é capaz de criar normas protetoras, impondo ao Estado a sua proteção, é outra coisa. Cumpre ao povo detentor ou reconhecedor da cultura, a sua proteção, o que inclui exigir do Estado atos concretos nessa direção”.

¹⁰⁴ Contudo, tal formalismo é essencial para a caracterização do crime de dano contra o patrimônio cultural e elemento constitutivo do tipo do artigo 62, I, da Lei nº 9.60/1998.

¹⁰⁵ PAIVA, Carlos Magno de Souza. Direito do patrimônio cultural. Autonomia e efetividade, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2022, p. 83, 93-5.

simbólicos que se conservam e recriam de acordo com as dinâmicas e fatores externos que se impõe em sua essência e conteúdo”.¹⁰⁶

Para Gonzáles-Varas, o patrimônio cultural é formado a partir de uma seleção crítica de elementos de cultura, dentro daquilo que reconhecemos, valoramos e desejamos conservar. É o testemunho significativo, material e imaterial, legado pelas “comunidades humanas ao longo de sua existência e que permitem o conhecimento tanto das diversas culturas sucedidas no tempo, como das atuais”, seja da cultura própria ou alheia e estrangeira.¹⁰⁷

O patrimônio cultural constitui-se num suporte da identidade, diversidade e riqueza cultural, com a responsabilidade do poder público e da sociedade na sua conservação e transmissão. De modo que ele se converte em elemento fundamental para a identidade cultural, seja local, regional, nacional, internacional ou mesmo das minorias e sua diversidade cultural.¹⁰⁸ Primeiramente, a norma protege o objeto material contra riscos de dano e destruição e, conjuntamente, tutela os bens culturais, garantindo o seu uso e fruição.¹⁰⁹

Apesar de sua aparente estabilidade como herança recebida, o patrimônio cultural não é um legado imutável, porém, uma seleção e definição que depende das avaliações sociais, ideológicas e intelectuais realizadas em cada momento, bem como das relações mantidas com a memória e a história na dimensão do passado. E, em que pese da estabilidade das normas legais e dos seus princípios, ele possui um conceito aberto e pode estar sujeito a constante reelaboração e redefinição, de acordo com componentes científicos, econômicos, identitários, religiosos, políticos, ideológicos e emocionais.¹¹⁰

¹⁰⁶ MANTILLA, César Uzcátegui. El patrimonio cultural bajo la luz de la globalización y el multiculturalismo. In: I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural. GARCÍA OTERO, Juan María (Coord.), Madrid, 2001, p. 703, tradução livre do autor.

¹⁰⁷ GONZÁLES-VARAS, op. cit., p. 25, tradução livre do autor.

¹⁰⁸ GONZÁLES-VARAS, op. cit., p. 25.

¹⁰⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. La protección del patrimonio cultural. Problemas de técnica legislativa que se suscitan en la legislación estatal y autonómica. In: *Estudios en homenaje al Professor Martínez Valls*, Alicante: Universidad de Alicante, 2000, vol. I, p. 221-9.

¹¹⁰ GONZÁLES-VARAS, op. cit., p. 22, 25 e 26. Explica que: “la noción de patrimonio cultural es compleja, pues es siempre crítica, dialéctica, problemática y cambiante, en cuanto no es una esencia inmutable sino más bien una noción elaborada por el pensamiento moderno y revisada por las ramificaciones de la posmodernidad; es una construcción histórica, social y cultural de carácter conceptual – como idea primero formada en la conciencia social y después reconocida en los bienes culturales. [...] ‘el patrimonio es una selección subjetiva y simbólica de elementos culturales del pasado que son revitalizados, adaptados e reinventados desde y para nuestro presente’; no debemos

O determinante é que esse conjunto de bens recebidos em herança, e com resguardo constitucional, nos obriga para com a sua acolhida, reconhecimento, conservação, promoção e não dilapidação, por força dos deveres de proteção. Trata-se de uma riqueza coletiva, tanto na sua formação como na sua transmissão e no reconhecimento dos seus valores e significados históricos, identitários, simbólicos ou outros relevantes, a partir do universo da cultura.¹¹¹

Uma das suas características é o direito de fruição coletiva, a ser assegurada pelo Estado, pois embora o bem não seja público quanto à sua propriedade, possui tal condição quanto ao direito do seu gozo, inclusive podendo implicar restrições aos direitos do seu proprietário, para que seja efetivada esta fruição aos cidadãos. O alvo da tutela não repousa no objeto em si, fisicamente considerado, mas no valor que ele representa, sendo a sua forma material o sustentáculo que então também é protegido.

Em termos amplos, Ana Marchesan conceitua o patrimônio cultural como o “conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais” de uma nação e que, diante das suas específicas condições, fornece um diálogo temporal e espacial relacionados àquela cultura, constituindo-se tanto num testemunho, como numa referência às gerações atuais e posteriores, enquanto “valor de pertença pública, merecedor de proteção jurídica e fática por parte do Estado”.¹¹²

Por sua vez, Helita Custódio considera patrimônio cultural o conjunto de “bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza como da harmônica ação conjugada da natureza e da pessoa humana”, estando conectada a “reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos”.¹¹³

olvidar, pues, que el concepto de patrimonio cultural se nutre del pasado pero se enuncia siempre desde el presente”.

¹¹¹ GONZÁLES-VARAS, op. cit., p. 22-3.

¹¹² MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49-5 e 70-1, pontuando que “preservar um patrimônio nas suas características genuínas (o que não significa dizer afastá-lo de usos) é atitude de resistência de conteúdo inegavelmente emancipatório, ainda que tal atividade traga como reflexos o fortalecimento da ideia de Estado-Nação [...] Se lembrarmos de objetos, construções, tradições do passado que resistem à ação do tempo e do homem, carregam eles consigo uma propriedade anamnésica, um valor de memória que vale mais do que qualquer reconstrução [...]”.

¹¹³ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, nº 6, p. 18-9, abr.-jun. 1997.

Esta autora também possui duas formas interessantes de delimitar o chamado estatuto do patrimônio. Na primeira delas inclui “o passado, o público e a prescindível materialidade”. Em termos mais atuais, considera que o passado “conecta-se à ideia de testemunho”, o público “concerne à natureza jurídica do patrimônio” e a citada “prescindível materialidade não consegue ser uma categoria capaz de distinguir um bem cultural qualquer de outro que granjeie o ‘status’ de bem integrante do nosso patrimônio cultural”. Assim, conclui como “possível identificar, na ideia metajurídica de patrimônio cultural, pelos menos três categorias-chave: 1ª) a nação; 2ª) o testemunho; 3ª) a referência”.¹¹⁴

Conforme Giancarlo Rolla, o patrimônio cultural tem por formação os *bens culturais* como um conjunto de objetos materiais e imateriais, e cujo elemento indissolúvel e notável é que a compreensão em torno do valor do bem, como forma de expressar a memória sob um determinado ponto, é exatamente o que o diferencia dos demais bens. De tal forma que o objeto de tutela destes bens reside muito mais na sua expressão enquanto referência do que valia material. Assim, tal categoria de objetos passa a cumprir uma função específica, de caráter cultural e social, cujo valor do bem se eleva na medida em que a sociedade o reconhece como digno e necessitado de tutela, cabendo ao Estado reconhecê-la, num juízo declarativo, e desempenhar os instrumentos para a sua proteção.¹¹⁵

De sua parte, Casalta Nabais pontua que, em regra, a expressão *patrimônio cultural* equivale à de *bens culturais*, sendo que esta surgiu em 1952 e destacou-se na Convenção de Haia de 1954 sobre proteção dos bens culturais no caso de conflito armado, e, após, nas Convenções da Unesco de 1970 e 1974, respectivamente, no tocante às medidas a adotar para obstar a importação, exportação e tráfico ilícito de bens culturais, e sobre a proteção do patrimônio mundial cultural e natural.¹¹⁶

¹¹⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Importância da Preservação do Patrimônio Cultural na Pós-Modernidade. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.), *Direito Ambiental em Evolução 4*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 55-61; e MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 44, expondo as suas razões.

¹¹⁵ ROLLA, Giancarlo. Bienes culturales y constitución. Trad. Emilio Calderón Martín. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, ene.-abr. 1989, nº 2, p. 168-172.

¹¹⁶ NABAIS, op. cit., p. 20. Ver também NABAIS, José Casalta. Noção e âmbito do direito do património cultural, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano III, n. 2, 2000, p. 11-38. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5721/3/revcedoua6%20art.1%20CASNAB.pdf>. Acessado em 02 mai. 2022; e NABAIS, José Casalta. *Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural em*

Para este autor, patrimônio e bens culturais são duas formas de exprimir a mesma realidade, “a primeira na sua globalidade; a segunda, nos seus elementos ou componentes constitutivos”. Tanto é, que a expressão bens culturais ingressou no ordenamento português em 1985, com a Lei do Patrimônio Cultural e a ratificação da citada Convenção da Unesco de 1970. Diante do que, conceitua o patrimônio cultural “como um conjunto de bens imateriais (criações jurídicas) que, nuns casos, estão ancorados em suportes materiais (infungíveis ou fungíveis), e, noutros casos, não tem qualquer suporte material”.¹¹⁷

Já para Magno Paiva bem cultural, parte integrante do patrimônio cultural, traduz-se no “significado contido em uma expressão cultural, material ou imaterial, legitimamente considerado como um valor cultural representativo e expressivo”, cujo teor é dirigido para a edificação da identidade cultural da pessoa ou de uma determinada comunidade, seja local ou até mundial, e com tutela assegurada na e orientada pela Constituição.¹¹⁸

Por sua vez Melo Alexandrino reflete que os bens culturais são “puramente ideais, virtuais, ou espirituais, criados pelo mundo do Direito sobre realidades do mundo da vida”, fazendo com que tais bens, o bem jurídico-penal e os direitos fundamentais, constituam-se “verdadeiramente um atravessamento entre o mundo do Direito, o mundo da vida e o mundo da cultura”. As implicações advindas da sua conceituação seriam: garantir no plano interno “a unidade de sentido do sistema de tutela”; propiciar uma “estruturação racional dos regimes jurídicos de proteção e valorização”; e também “servir de elemento basilar da construção dogmática do Direito do patrimônio cultural”.¹¹⁹

Na Espanha, a Lei nº 16/1985, sobre o Patrimônio Histórico e os Bens de Interesse Cultural, explica em seu preâmbulo a obrigação de proteção do poder público e que o seu patrimônio é um testemunho da contribuição dos espanhóis para

Portugal, Revista de Direito da Cidade, vol. 2, nº 01, p. 1-19. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11285>. Acessado em 02 mai. 2022; e

¹¹⁷ NABAIS, op. cit., 2010, p. 21 e 50, o qual classifica o “direito do patrimônio cultural como um conjunto de normas de direito público” (de direito constitucional, administrativo, comunitário e internacional), e que estabelecem “um regime de direito público, relativamente a um objeto específico constituído pelos bens culturais. Bens estes que, sendo testemunhos com valor civilizacional (na expressão da Comissão Franceschini), são sempre, em si mesmos, bens imateriais ou espirituais”.

¹¹⁸ PAIVA, Direito do patrimônio cultural, op. cit., p. 95.

¹¹⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. In: Direito da cultura e do patrimônio cultural, GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Org.), Lisboa: AAFDL, 2011, p. 239, 240 e 244.

a civilização e de sua capacidade criativa contemporânea, além de ser uma riqueza coletiva e um elemento de identidade cultural. Classifica o objeto cultural como os bens móveis e imóveis, os arqueológicos e etnográficos, os museus, bibliotecas e arquivos, os quais devem ser protegidos, defendidos, conservados, fomentados e valorizados, enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito.¹²⁰

Instituída na Itália em 1964, para investigar a “tutela e valorização das coisas de interesse histórico, arqueológico, artístico e de paisagem” e concluída em 1966 com a publicação “Per la salvatezza dei beni culturali in Italia”, a Comissão Franceschini apurou a situação dramática do estado de patrimônio cultural italiano, propondo reformas e rejeitando que estes bens estariam restritos a “coisas de interesse artístico e histórico”. Na primeira das suas 84 declarações, a Comissão concluiu que: “Pertencem ao patrimônio cultural da Nação todos os bens que tenham referência à história da civilização.” Devendo estar submetidos a leis de proteção “os bens de interesse arqueológico, histórico, ambiental e paisagístico, arquivístico e bibliográfico, bem como qualquer outro bem que constitua testemunho material com valor de civilização”.¹²¹

Com efeito, Massimo Giannini aponta o contraste entre o crescente interesse pelos bens culturais, perante a ação destrutiva do patrimônio cultural, fazendo com que o homem, apesar da sua força de criação, tenha se destacado no momento

¹²⁰ Preâmbulo, Lei 16/1985, Espanha: “Esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que los constituyen, el patrimonio arqueológico y el etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, así como el patrimonio documental y bibliográfico. Busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material de vida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquella como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico. [...] El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando. [...] Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos.” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12534-consolidado.pdf>. Acessado em: 22 jun. 2021.

¹²¹ ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/565-466.pdf>. Acessado em 08 ago. 2020.

mais pela destruição.¹²² Para ele, os bens culturais são um testemunho material de grande valor para a civilização, com características de historicidade e abrangência muito maior do que as *coisas da arte*.¹²³

Para além do valor, ou da sua qualidade intrínseca, o que destaca os bens culturais são o seu interesse, enquanto referência para a civilização. O seu valor imaterial é indisponível, adjetiva-o, torna-o indivisível e vai além da valia material do objeto. Embora tenha por suporte um bem em si, o *bem cultural* não se confunde com este *bem material*. Ele é uma *entidade material*, inerente a uma ou mais entidades materiais, mas que é juridicamente distinta destas, na medida em que este meio material é o seu suporte físico, sem que se confunda propriamente com o bem jurídico.¹²⁴

De qualquer forma, Giannini considera o conceito jurídico ainda em aberto, liminar, relativo e funcional. Aberto, pois pode ser alterado pelas mutáveis realidades históricas. Liminar, pois as normas jurídicas não atribuiriam uma definição juridicamente pronta e fechada, mas sim que reenvia para outras disciplinas não jurídicas. Relativo, pois cada diploma pode trazer um conceito próprio e adaptado a sua realidade (como veremos no item seguinte) e porque pode variar de acordo com a categoria do bem cultural. E funcional, pois o conceito de bem cultural serve

¹²² GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa Dell'ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 249; e GIANNINI, Massimo Severo. *Uomini, leggi e beni culturali*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 285.

¹²³ CASINI, Lorenzo. 'Todo es peregrino e raro ...': Massimo Severo Giannini i Beni Culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno LXV, n° 3, 2015, p. 992-4, invocando as lições de Giannini. Ver também, CEZZI, Gabriella de Giorgi. Lo statuto dei beni culturali. *Rivista di Arti e Diritto on line*, Aedon, n° 3, dic. 2001, disponível em <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/3/degiorgi.htm>. Acessado em: 08 ago. 2020; e MARTINI, Goastone. *Disciplina urbanística e tutela del patrimonio storico artistico e paesistico*, Milano: Giuffrè, 1970; SCIULLO, Girolamo. I beni. In: *Il diritto dei beni culturali*. BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 43 anota que "la disciplina giuridica che concerne le cose fungenti da supporto ai beni culturali, in quanto oggetto [...] di qualificazione come beni patrimoniali".

¹²⁴ GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, p. 6-36, num conceito aos bens culturais materiais. Complementa Alexandrino, op. cit., 2020, com base em Giannini, que "face à variedade de bens culturais, umas vezes há uma separação clara entre o suporte material e o bem cultural (no caso dos bens arqueológicos ou paleontológicos, por exemplo), dado que o suporte pode ser totalmente despojado de valor comercial (ruínas); outras vezes, porém, o bem imaterial é dificilmente separável do bem patrimonial (caso dos bens culturais de interesse artístico) mas, ainda aí, não se pode afirmar uma correspondência unívoca entre o valor cultural e o valor comercial, na medida em que este é antes de mais nada determinado pelo mercado, ao passo que o valor cultural é apurado por especialistas de arte, mantendo-se portanto mesmo a esse nível a autonomia do bem imaterial."

fundamentalmente à necessidade de sujeição de certas realidades, em especial da correspondente tutela jurídica e das consequências daí advindas.¹²⁵

Enquanto um bem patrimonial pode ser público ou privado, no seu aspecto *cultural* este bem não pertenceria a ninguém, sendo algo de interesse público, comum e de fruição universal, sem que tal altere sua propriedade. E, independente da sua vinculação, o bem estaria sujeito ao regime da função social da propriedade, diante da prevalência do interesse público e social sobre esta; pois, ainda que garantida a disponibilidade e fruição, deve o proprietário utilizá-la de forma a zelar pela sua conservação e manutenção enquanto bem cultural.

126

Com efeito, os bens culturais distinguem-se por sua especial referência ao ser humano, a seus testemunhos significativos, ao seu entorno, à sua arte, história e cultura, independente de meras premissas materiais e estéticas, formando um elo entre gerações, de tal forma que as presentes são necessárias depositárias e responsáveis pela sua conservação e preservação em favor das gerações futuras.¹²⁷ Ele também se alicerça em outras questões, como tradição e diversidade cultural,¹²⁸ o que inclusive é garantido¹²⁹ normativamente.

¹²⁵ GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali, op. cit., p. 7-9.

¹²⁶ ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. *I beni culturali e ambientali*: Milão: Giuffrè, 1985, p. 25- 9, aduzem: “la condizione giuridica delle cose di interesse artistico e storico viene a dispensarsi in termini che non appaiono riconducibili al principio della ‘funzione sociale’ della proprietà [...] la gestione ed utilizzazione della cosa per ciò che attiene al suo valore culturale resta al di fuori della sfera di disponibilità e di controllo del soggetto cui la cosa stessa appartiene in quanto ‘bene patrimoniale’. [...] Il regime giuridico del bene culturale si qualifica, dunque, intorno all’adempimento esigenza della conservazione e della pubblica fruizione.”

¹²⁷ MONTERROSO MONTERO, Juan M. *Protección y Conservación del Patrimonio. Principios teóricos*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2001, p. 37-9. VAQUER, Marcos. Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos em la constitución española. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 234, também explica que o bem cultural corresponde à criação cultural que o forma, e não ao objeto físico nele incorporado.

¹²⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. Património cultural e direito: alguns desafios contemporâneos. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, GONÇALVES, Luís Couto et al. (Org.), Coimbra: Almedina, 2012, p. 1371-84.

¹²⁹ De acordo com a Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, artigo 2, item: “Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação”. (Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150224>. Acessado em 05 jun. 2022). Tal Convenção foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 6.177/2007.

Para atingir tal condição, os objetos culturais devem possuir algum tipo de característica especial que os torna “bens”, e que, individualizados, formam um conjunto que é justamente o *patrimônio cultural*, seja ele com referência municipal, estadual, nacional ou até para a humanidade. Este *patrimônio* não precisar ter necessariamente valor econômico, podendo ser público ou privado, um bem de pessoa física ou jurídica, móvel ou imóvel (e este pode ser principal ou acessório) e mesmo imaterial (intangível). De tal modo que os bens culturais são, em verdade, “bens imateriais que não se identificam com as coisas que lhes servem de suporte”, nas palavras de Canotilho e Vital Moreira.¹³⁰

Encontramo-nos diante de realidades tanto materiais como imateriais, critérios jurídicos e extrajurídicos, relativos a valores inerentes à própria cultura, seja de uma comunidade ou até da humanidade, e que deve ser interpretada de forma aberta, flexível e ampla, graduando-se a valoração e as consequências daí inerentes, de acordo com a própria relevância de determinado bem cultural.¹³¹

Conforme Díez Picazo e Gullón os bens e, em decorrência, o patrimônio cultural que eles integram, possuem como características classificatórias: a) *legalidade*, por serem uma criação do direito; b) *instrumentalidade*, por nascerem para um fim; c) *autonomia*, já que os distintos patrimônios devem estar livres de interferência entre eles; d) *unidade*, pois possuem uma identidade substancial; e) *intransmissibilidade*, na medida em que o bem não seria passível de alienação.¹³²

Um dos fatores mais primordiais é que, a partir do seu reconhecimento, o bem jurídico passa a gozar do status de cultural e do devido âmbito de proteção, “por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante, qualidades jurídicas que lhe se são próprias, sem altear o seu domínio e a sua

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I.4.^a ed., Coimbra, 2007, p. 925. Ver também, CORREIA, Fernando Alves. *Direito do património cultural*. Oeiras: AAVV, 1996, p. 395; GOMES, Carla Amado. O património cultural na constituição. In: *Textos dispersos de Direito do Património Cultural e do Urbanismo*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 18-9; e SOUZA FILHO, op. cit., p. 30, 31 e 39.

¹³¹ OROSCO PARDO, Guillermo; PÉREZ ALONSO, Esteban J. La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico. Madrid: Mac Graw Hill, 1996, p. 46 e 56, “Son bienes de interés cultural aquellos muebles o inmuebles que poseen un valor o relevancia que por sus connotaciones históricas, artísticas, etnográficas, etc. les hace merecedores de tal calificación y por tanto dignos de ser tutelados por la normativa que los regula. Esta nota se acentúa en aquellos que han sido declarados con tales mediante el procedimiento adecuado por la autoridad competente, jurídicamenteregulado [...]”

¹³² DÍEZ PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, tomo II. Madrid: Tecnos, 2015, p. 55 e 397.

forma.¹³³ Entretanto, entendemos que o conteúdo de *bem cultural* não é apenas uma definição jurídica, contudo, é uma realidade pré-constituída, e não constitutiva, a ser aclarada e declarada num estudo e abordagem interdisciplinar,¹³⁴ mas, em especial, integrada às ciências sociais e humanas.

Nesta etapa, a partir de um “complexo momento de reconhecimento de valores de comunhão comunitária, é ungida a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol da sua continuidade” e preservação,¹³⁵ ao cunhar determinado objeto como *patrimônio cultural* e, daí, *bem jurídico* merecedor de tutela, inclusive incriminando os ataques contra ele.

As implicações dogmáticas decorrentes desta definição e interação entre os *bens* e o *patrimônio cultural* são várias. O mundo do Direito vem reconhecer a valia dos bens culturais, a partir de realidades do mundo e nas vidas preexistentes, num autêntico atravessamento entre as esferas do Direito, da vida e da cultura. Apesar da “implicação entre a tutela da coisa e a tutela do bem imaterial, a lei está essencialmente preocupada com a protecção a dar à realidade imaterial”.¹³⁶

No tocante à “referência” do bem cultural, temos que o elemento passado deve fornecer um testemunho, o qual venha a interagir com os demais tempos, carreando elementos para a sua construção como patrimônio. Também, dentro da premissa de que a produção cultural opera de forma cumulativa e realiza a transmissão entre gerações, “o patrimônio cultural serve como uma espécie de alicerce sobre o qual a civilização como um todo se edifica e evolui”. Assim, assumem a dignidade transmissiva temporal “os bens valorados em seu papel de referência”, como ensinamento e material construtivo do futuro. E é exatamente esta interação e irrigação entre o pretérito, o presente e o futuro, que então “propicia o

¹³³ SOUZA FILHO, op. cit., p. 29 e 30.

¹³⁴ NABAIS, op. cit., 2010, p. 49, explica que a inscrição do bem cultural, como num inventário, não possui natureza constitutiva, mas declarativa do seu valor prévio.

¹³⁵ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 80, set.-out. 2009, p. 7-34, concluindo que: “Os bens jurídicos-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado ‘reconhecimento’. No reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam, o seu âmbito legítimo de tutela”.

¹³⁶ ALEXANDRINO, op. cit. em relação à propriedade, posiciona-se assim: “O bem cultural não tem proprietário, pois não pertence nem ao titular privado da coisa a que inere, nem à administração do patrimônio cultural (nem mesmo no caso de o bem patrimonial integrar o domínio público), daí que o proprietário privado não disponha de nenhum direito. Os procedimentos e os actos ablativos (direito de preferência, expropriação, etc.) a que eventualmente haja lugar têm por objecto o bem patrimonial e não o bem cultural, que já é público”.

fluir civilizatório que terá condições de ser melhor planejado se puder contar com um acervo significativo dos tempos que foram.”¹³⁷

2.2 CONCEITOS PREVISTOS EM DISPOSIÇÕES NORMATIVAS

Em nível de conceituação legal, a Constituição Federal brasileira traz definição própria no art. 216º, de que o nosso patrimônio cultural é constituído pelos “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”. Na sequência, enumera de forma aberta e exemplificativa, não restritiva, categorias de bens¹³⁸ e de patrimônio cultural.¹³⁹

O Decreto-Lei nº 25/1937, do Brasil, traz como conceito que constitui “patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, tendo por suporte “sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

A antiga Lei de Proteção Cultural de Portugal de 1985 previa no art.1º que: “todos os bens materiais e imateriais que pelo seu reconhecido valor próprio, devam ser considerados como de interesse relevante para a permanência e identidade da cultura portuguesa através do tempo”.

A Comissão Sérgio Correia, responsável pela reforma da lei de proteção portuguesa, no seu Relatório Intercalar de Lisboa do ano de 1998 aponta que os “bens culturais constituíram-se na categoria jurídica à volta da qual muitos dos regimes do património cultural se têm estruturado e reinterpretado”, estando sediado de um instituto relativamente estabilizado, o qual pressupõe

¹³⁷ MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 49.

¹³⁸ O atual art. 215 da CF-BR refere os bens culturais: Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; [...]

IV democratização do acesso aos bens de cultura.

¹³⁹ Dentre estes bens estão, art. 216: 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.

fundamentalmente: “a presença de um bem imaterial (criação jurídica) ancorado num suporte material (excepcionalmente imaterial ou desmaterializado).¹⁴⁰

Já a atual Lei de Portugal nº 107/2001, sobre “as bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural”, conceitua no seu art. 2º, nº 1 que este é integrado por “todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização”. De acordo com o seu art. 14º são bens culturais “os bens móveis e imóveis”, que de algum modo “representem testemunho material com valor de civilização ou de cultura”.

E pelo nº 3 do art. 2º, o interesse cultural relevante revela-se especialmente tendo em conta a representação do fator “histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural”, os quais venham a refletir “valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”.

Com base na legislação portuguesa, Melo Alexandrino aponta que estamos diante de um conceito de bens culturais em vários sentidos. Em *sentido estrito*, o conceito decorre do art. 14º, nº 1, da Lei 107/2001. Em *sentido amplo*, abrange ainda “os bens imateriais que constituam parcelas da identidade e da memória coletiva portuguesa” (artigos 2º, nº 4, e 91º da Lei 107); “os contextos dos bens materiais ou imateriais que com eles possuam uma relação interpretativa e informativa” (art. 2º, nº 6 da Lei 107); bem como “outros bens imateriais ou valores culturais não tutelados” nesta lei ou que sejam objeto de lei própria. E os bens em *sentido impróprio*, nas “hipóteses em que uma norma se refira a bens culturais sem que estas realidades integrem sequer o património cultural” (seria o caso da referência do art. 78º, nº 2, da Constituição de Portugal).¹⁴¹

Na Itália o Decreto Legislativo nº 42/2004 institui o Código dos Bens Culturais e da Paisagem, o qual preceitua no seu artigo 2º que o seu património cultural é constituído pela paisagem e pelo bens culturais, sendo estes as coisas móveis e imóveis que tenham “interesse artístico, histórico, arqueológico, etno antropológico,

¹⁴⁰ Comissão Sérvulo Correia, Relatório Intercalar da Comissão Encarregada de Apresentar uma Proposta de Lei de Bases do Património Cultural, Ministério da Cultura, Lisboa, 1998.

¹⁴¹ ALEXANDRINO, op. cit., 2011, p. 237.

arquivístico e bibliográfico e outros identificados por lei ou com base na lei como prova com valor de civilização”.¹⁴²

Na Espanha, a Lei 16/1985 prevê que o “Patrimônio Histórico Espanhol é a principal testemunha da contribuição histórica dos espanhóis à civilização universal de sua capacidade criativa contemporânea”, conceituando no seu artigo 1º que este é constituído por “bens imóveis e móveis de interesse artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico ou técnico”, além dos de caráter imaterial, fazendo “parte deste patrimônio documental e bibliográfico, sítios e sítios arqueológicos, bem como sítios naturais, jardins e parques, com valor artístico, histórico ou antropológico.”¹⁴³

O Tribunal Constitucional da Espanha, por ocasião da decisão STC 17/1991, pronunciou-se sobre os bens que devem ser entendidos como patrimônio cultural, afirmando que a existência de um “estatuto peculiar de determinados bens que, por estarem dotados de singulares características, resultam portadores de valores que lhes fazem credores de uma especial consideração e proteção”. Sendo que tais bens são patrimônio cultural de todos os cidadãos espanhóis e também poderão ser de toda a comunidade internacional caso tenham alguma contribuição para ou tenham ingressado na história da cultura universal.¹⁴⁴

A Convenção para a Proteção dos Bens Culturais, em caso de Conflito Armado (Haia, 1954), define os bens culturais, independente da sua origem ou proprietário, como aqueles móveis ou imóveis “que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos”, seja em nível de arquitetura, arte e história, religiosos ou laicos, sítios arqueológicos, edifícios, centros ou conjuntos de construções, manuscritos, livros, coleções científicas e outros objetos de interesse cultural. Nesta linha, o II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, de 1964, origina a Carta de Veneza, tratou sobre a conservação e restauração de monumentos e sítios que possuam significância cultural, sejam eles urbanos ou rurais, e independente do tipo de criação que albergam.

¹⁴² Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>. Acessado em: 22 jun.2021.

¹⁴³ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>. Acessado em: 22 jun.2021.

¹⁴⁴ ACEDO PENCO; PERALTA CARRASCO, op. cit., p. 70.

Por sua vez, pelo art. 2º da Convenção UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) sobre bens culturais roubados ou ilicitamente exportados, consideram-se *bens culturais* aqueles que, “por motivos religiosos ou profanos, possuem importante valor arqueológico, pré-histórico, histórico, literário, artístico ou científico” e que integram uma das categorias enumeradas no anexo da Convenção, promulgada em Roma, no ano de 1995.¹⁴⁵ Tal diploma foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 3.166/1999.

Já pela Convenção da Unesco de Paris, 1972, o patrimônio cultural mundial “é constituído por bens de interesse excepcional, de valor universal, por vezes testemunhos únicos”, pertencentes não apenas à nação na qual se encontram, mas toda a humanidade, a qual cabe a sua “defesa e salvaguarda de modo a assegurar a sua transmissão às gerações futuras”, já que a sua perda acarretaria o “empobrecimento do património de todos os povos do mundo.”¹⁴⁶ Tal Convenção divide os bens culturais em: *monumentos, conjuntos e locais de interesse*.¹⁴⁷

Naquilo que interessa ao presente estudo, no tocante aos bens culturais materiais e, em especial aos imóveis, e da análise comparativa do sistema brasileiro e português, são três as suas categorias. Primeiro, os *Monumentos*: são obras de engenharia e arquitetura, escultura ou pintura monumentais; elementos ou

¹⁴⁵ Disponível

em:

http://www.patrimoniocultural.gov.pt/static/data/recursos/formularios/deolinda4.11.2017/diplomaresolucao_da_assembleia_da_republica_n_342000.pdf. Acessado em 23 jul. 2022.

¹⁴⁶ GALHARDO, Manuela. As convenções da UNESCO no domínio do património cultural, *Direito do património cultural*, op. cit., p. 97; e SANTOS, António Marques dos. Projecto de Convenção do UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados. In *Direito do património cultural*, op. cit., p. 61-79.

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Glória; SILVA, Sérgio. Direito do património cultural. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, ano V, 2008, p. 25-6, enumera as categorias elencadas na Convenção de 1972:

“Art. 1º - Para fins da presente Convenção serão considerados como património cultural:

Os monumentos. – Obras arquitectónicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estruturas de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

Os conjuntos. – Grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitectura, unidade ou integração na paisagem têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

Os locais de interesse. – Obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.”

O teor integral da convenção vide em: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acessado em 23 jul. 2022.

estruturas arqueológicas (como grutas, cavernas e inscrições); grupos de elementos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência”.¹⁴⁸ Também, os *Conjuntos*: os quais são grupos de construções reunidos ou isolados, mas que pela sua arquitetura, unidade e “integração na paisagem, têm um valor universal excepcional” para a história, arte ou ciência. E os *Sítios*: que são “obras do ser humano ou obras conjugadas deste e da natureza, bem como zonas” (como sítios arqueológicos) com “um valor universal excepcional do ponto de vista estético, etnográfico ou antropológico.”¹⁴⁹

Enquanto divisão do Patrimônio Cultural, estes se compartmentam em três grandes categorias de elementos. Primeiramente, os da natureza e meio ambiente, como recursos naturais e paisagem. Segundo, os referentes ao conhecimento, às técnicas de saber e ao saber fazer (elementos não tangíveis). E o Terceiro que reúne os chamados “bens culturais que englobam toda sorte de coisas, objetos, artefatos e construções obtidas a partir do meio ambiente e do saber fazer.” Todos eles, merecedores e necessitados de preservação.¹⁵⁰

Quanto a nós, dentro do estudo em pauta, conceituamos o patrimônio cultural como os bens materiais e imateriais, móveis e imóveis, isolados e em conjunto, públicos e privados, com e sem valor comercial, os quais por sua ligação direta ou indireta com a história, a sociedade e com fatores arqueológicos, etnográficos, artísticos, estéticos, bibliográficos, memoráveis, científicos, turísticos, paisagísticos e naturais (meio ambiente), possuem relevância que os distinguem dos demais, fazendo com que se revistam da qualidade de bem cultural. Impondo-se, pois, o direito e o dever de sua promoção e de preservação, pelos respectivos ramos jurídicos e mecanismos normativos.

Para além do valor monetário, ou da sua qualidade intrínseca, o brilho que faz reluzir os bens culturais são o seu interesse, enquanto referência de uma obra e um testemunho de cultura para a civilização. Em termos materiais, o bem físico é

¹⁴⁸ GALHARDO, op. cit., p. 98, anotando que o valor universal excepcional é um termo da Unesco.

¹⁴⁹ GALHARDO, op. cit., p. 98.

¹⁵⁰ LEMOS, op. cit., p. 8-10, explicando que o *como preservar* “pressupõe uma série infinita de atividades e de posturas perante o elenco de bens culturais do nosso patrimônio, implicando, inclusive, atuações interdisciplinares e julgamentos os mais variados”. E VARINE-BOHAN, Huges. *Patrimônio cultural. A experiência internacional*. Notas de aula, de 12.8.1974. Edição em convênio: Universidade de São Paulo, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e Instituto do Patrimônio Artístico e Nacional, São Paulo, 1975, p. 24 e 66.

apenas aquilo que o materializa e o exterioriza, pois o bem cultural vai além da massa física que lhe confere suporte. O objeto em si pertence ao proprietário, contudo, não é ele propriamente o dono exclusivo (no sentido imaterial de domínio absoluto), daquilo que se reveste este patrimônio, pois ele é dotado de interesse social.

A partir da nota declaratória do seu reconhecimento, agregam-se funções estruturantes e um sistema próprio de tutela, adquirindo do ponto de vista normativo o *quilate de bem jurídico*; e, portanto, merecedor e necessitado da devida proteção legal, seja ela civil, administrativa e até penal.

Por sua vez, quando se torna um “bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”,¹⁵¹ este selo singular, de valia reconhecida, une-se ao mandado de criminalização do art. 216, §4º, da Constituição Federal, dando suporte e sentido, por exemplo, à norma penal em branco do art. 62 da Lei nº 9.605/1998, a qual o protege de ataques que possam levar ao seu dano, por ação ou omissão.

2.3 DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

Em termos locais, preconiza Afonso da Silva que a cultura (no que está compreendido o patrimônio cultural) “é um direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado”, com a realização de uma efetiva política cultural. Esta será o meio pelo qual os Poderes Públicos irão propiciar a fruição de tal direito, “especialmente o acesso à cultura e a organização do patrimônio cultural”. As normas dos artigos 215 e 216 da CF-BR são portadoras de eficácia, ainda que limitada, devendo o Estado criar as devidas normas para a plenitude das *relações jurídicas culturais*, pois são parte do *Direito da Cultura* e do *Patrimônio Cultural*.¹⁵²

¹⁵¹ FLACH, Michael Schneider. Crime e dano contra o patrimônio cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 85, ago.-set. 2019, p. 88-92.

¹⁵² SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.48-52, explicando que “Sua natureza de direito fundamental decorre também das declarações internacionais e regionais dos direitos humanos. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 27 [...]. Sua configuração como direito fundamental se destaca nas normas do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Igualmente a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 13 [...]”

Idêntica simetria temos em relação ao meio ambiente, na medida em que o patrimônio cultural está inserido dentro do *meio ambiente cultural*¹⁵³ (além de se sua conexão o ordenamento urbano),¹⁵⁴ enquanto bens difusos de feição fundamental.¹⁵⁵ A titularidade do meio ambiente repousa sobre a coletividade e a sua utilização é de caráter público, então sob o prisma do interesse e da legitimação que possui é de categoria difusa e enquanto macrobem jurídico é de natureza pública.¹⁵⁶

Ocorre que o meio ambiente é na verdade a interação de elementos naturais artificiais, resultantes da intervenção humana, assim como os culturais, o que propicia o equilibrado e saudável desenvolvimento da vida humana. Tanto é que, do ponto de vista legal, o próprio art. 216, V, da CF-BR, arrola os sítios de valor paisagístico e ecológico como patrimônio cultural, na linha do art. 1º, §1º, do Decreto-Lei nº 25/1937 e do art. 1º, III, da Lei nº 7.347/1985,¹⁵⁷ além do próprio

¹⁵³ Por exemplo, a Carta de Nairobi da ONU e UNESCO de 1976, com conteúdo de “Recomendação sobre a salvaguarda dos conjuntos históricos e da sua função na vida contemporânea”, preceitua que “os conjuntos históricos fazem parte do ambiente quotidiano dos seres humanos, assegurando a presença viva do passado que os modelou, e que esses conjuntos garantem a variedade de enquadramentos de vida correspondentes à diversidade da sociedade e que, por isso mesmo, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementar”. Disponível em: <http://www.patrimoniocultural.gov.pt/media/uploads/cc/salvaguardaconjuntoshistoricos1976.pdf>. Acessado em: 17 dez. 2020.

¹⁵⁴ A Resolução Conama 306/2002, anexo I, XII, prevê ser o “Meio ambiente: conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

¹⁵⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Abelha Marcelo. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 27, explicam que da conjugação do art. 3º da Lei nº 6.938/1981 c/c o art. 225 da CF-BR, o grande meio ambiente enquanto fundamental para a sadia qualidade de vida divide-se em quatro, meio ambiente: natural, artificial, do trabalho e cultural. Também, FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48-52. ANDRADE, Flilippe Augusto Vieira. O patrimônio cultural e os deveres de proteção e preservação. Temas de Direito Urbanístico 3, São Paulo: Ministério Público e Imprensa Oficial, 2001, p. 394, conclui que a Constituição atribui a todos a “fruição de bens difusos, incluindo os bens ambientais em seu sentido amplo e, portanto, à evidência, os bens que integram o patrimônio cultural.” Ver WALCACER, Fernando Cavalcanti. Meio-ambiente urbano no Brasil. In: Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão. BENJAMIN, Antônio Herman (Org.), São Paulo: RT, p. 144-9; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico, São Paulo: RT, 2010, p. 81-104; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva no século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: A ação civil pública após 25 anos, MILARÉ, Édís (Org.), São Paulo: RT, 2010, p. 37-59; e DOTTI, René Ariel. O patrimônio natural de um milhão de anos. In: Ação civil pública após 30 anos, MILARÉ, Édís (Org.), São Paulo: RT, 2015, p. 742-56.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. Função Ambiental. In: Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.), São Paulo: RT, 1993, p. 09-82.

¹⁵⁷ Lei 7.327/1985, Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; [...] III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Decreto-Lei nº 25/1937, Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional 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

reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁵⁸ o que bem demonstra a sua íntima conexão.¹⁵⁹

Em verdade, por ser “aspecto essencial para a preservação da vida digna dos seres humanos, a cultura é interesse difuso constitucionalmente tutelado, constituindo-se em uma das dimensões do conceito jurídico de ‘meio ambiente’.” Na decisão direta de inconstitucionalidade nº 340, em análise de medida cautelar, o Supremo definiu que o meio ambiente é fracionado em meio ambiente natural, artificial (ou urbano), laboral e cultural. Apesar do meio ambiente urbano também se constituir em uma emanção cultural, “a valoração diferenciada dos aspectos culturais num sentido mais estrito justifica a distinção”. De qualquer forma, o “reconhecimento da índole ambiental inerente ao patrimônio cultural enfatiza a essencialidade deste interesse para a vida com dignidade, bem como seu caráter transgeracional”.¹⁶⁰

Afinal, o direito ambiental não está limitado a aspectos da natureza, estando também compreendidos no seu enfoque de proteção os elementos criados pelo homem, na sua ação e interação com os preexistentes e naturais. De modo que “toda a riqueza que compõe o patrimônio ambiental transcende a matéria natural e

etnográfico, bibliográfico ou artístico. [...] § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

¹⁵⁸ STF: “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, artigo 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural” (STF; ARE 840731; Relator Ministro Celso de Mello; DJE 1/2/2017; p. 1.039).

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: RT, 1981, p. 435; FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000, p. 93; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Bens culturais e sua tutela jurídica: tombamento, registro, ação civil pública. In: *A ação civil pública após 25 anos*, op. cit., p. 375-9; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 32-3; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, nº 6, 1997, p. 18.

¹⁶⁰ MAROJA, Carlos. A proteção jurídica ao patrimônio cultural. In: *Patrimônio Cultural Brasileiro*, op. cit., p. 39.

incorpora também um ambiente cultural, revelado pelo patrimônio cultural.”¹⁶¹ Ademais, “contendem com a proteção do meio ambiente os direitos fundamentais clássicos da inviolabilidade da vida humana e da integralidade física”, além da própria dignidade da pessoa, “direitos que fazem parte do núcleo duro de qualquer Constituição que contenha um capítulo de direitos fundamentais” e que aparecem em vários textos após meados do século XX.¹⁶²

Assim, o Patrimônio Cultural é um dos aspectos do meio ambiente, sendo que os seus princípios interagem e são aplicados por si só, exigindo pequenas modulações para se adaptar as suas características próprias. De modo que juntos temos a tríade do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e do Urbanismo,¹⁶³ voltados a interesses e direitos difusos, entre os quais o direito à cidade, à fruição da natureza, à sustentabilidade e à proteção intergeracional de tais categorias, a qual deve ser perpetrada desde o presente até o futuro. Trata-se pois de um conjunto, o meio ambiente natural e o artificial, compreendido pela ação transformadora do homem junto ao seu meio e entorno, criando espaços urbanos e edificando o patrimônio cultural.

Podemos então afirmar que existe uma inter-relação entre meio ambiente e patrimônio cultural, sujeitos a uma influência recíproca, como quando o patrimônio, conformado por bens, que representa uma referência à história da civilização, constitui uma parcela concreta do meio ambiente e do seu entorno.¹⁶⁴

Da mesma forma é possível a inclusão ambiental no conceito do patrimônio cultural, quando estamos diante da ação do homem sobre determinado objeto de interesse daquele, com os bens ambientais querendo incorporar uma referência à própria história da civilização.¹⁶⁵

¹⁶¹ REISEWITS, Lúcia. Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 63

¹⁶² VON MÜNCH, Ingo. A proteção do meio ambiente na constituição. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994, p. 47.

¹⁶³ Sobre a temática ver: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileira: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; LOMBARDI, Eduardo Augusto. Direito coletivo urbano. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

¹⁶⁴ RENART GARCÍA, op. cit., p. 147-8

¹⁶⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepcion. La Ordenación jurídica del patrimonio histórico, Madrid: Civitas, 1990, p. 190 e ss. Explica tal relação entre bens culturais e ambientais quando em referência à história da civilização sejam eles relevantes para o conhecimento de “los modos de vivir, pensar y sentir de los hombres en épocas pasadas; cuando, por el contrario, nos hallemos antes bienes en los que el valor o interés que los hace dignos de preservación y custodia es un elemento puramente

Ao mesmo tempo, fará uma interação com os valores urbanísticos, quando o patrimônio cultural e a proteção territorial irão exigir uma integração entre espaços naturais, culturais e urbanos.¹⁶⁶ Tal relação fica ainda mais evidente a partir do contexto e da própria disposição sobre os bens ambientais, culturais e urbanísticos, em sequência dentro dos artigos 45 a 48¹⁶⁷ da Constituição da Espanha.

Conforme Carla Amado Gomes, o direito do patrimônio cultural tutela a memória de um povo; enquanto o direito do ambiente visa assegurar a sobrevivência dos membros de uma comunidade no presente e no futuro; já o urbanismo contempla os instrumentos por meio dos quais se pretende promover a correta gestão e fruição do espaço urbano. O patrimônio cultural “tutela valores da civilização, disciplinando a intervenção de entidades públicas e privadas em bens de interesse cultural”. O meio ambiente regula as intervenções humanas sobre os bens ecológicos, para a sua correta preservação e desenvolvimento. E o urbanismo

natural, estaremos fuera de la órbita del interés cultural y fuera, en consecuencia, de la noción de Patrimonio Cultural.”

¹⁶⁶ RENART GARCÍA, op. cit., p. 149-50, inclusive invocando a Lei 4/1989 de Conservação dos Espaços Naturais e da Flora e Fauna Silvestre, quando no seu art. 10.2 proclama a proteção de áreas e elementos naturais que ofereça um singular interesse do ponto de vista cultural. Quando no art. 16 considera como monumentos naturais as formações que reúnam um especial interesse por sua singularidade ou importância científica, cultural ou paisagística. E no art. 17 relaciona como *paisagens protegidas* os “lugares concreto do ambiente natural que, por seus valores estéticos e culturais, sejam merecedores de uma proteção especial”. Ver também: ALCALÉ SÁNCHEZ, Maria. Delitos urbanísticos. Barcelona: CEDECS, 1997.

¹⁶⁷ Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Artículo 46.

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio. Artículo 47.

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Artículo 48.

Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Constitución Española, disponible em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 23 abr. 2022.

objetiva a correta ordenação do espaço da cidade, limitando a ocupação, uso e transformação do solo.¹⁶⁸

Possuem eles autonomia e normas distintas, mas também intercomunicabilidade, interações e convergência de objetivos. Estão de certa forma unidos no plano constitucional português dentro do capítulo dos direitos econômicos, sociais e culturais, “o que justifica a sua feição objetiva, a título de tarefa do Estado”, tendo por função uma “natureza de interesses de realização comunitária”. Tanto o patrimônio cultural como o meio ambiente e o urbanismo “são grandezas que se fruem, mas que não se possuem”, sendo “causa e consequência de uma vivência cívica cada vez mais intensa por parte das populações”.¹⁶⁹

Nessa interação, explica Jorge Miranda que o patrimônio cultural faz parte do ambiente em sentido lato; que um ambiente degradado afeta o patrimônio cultural que nele se situe; que proteger, preservar e valorizar o meio ambiente e o patrimoníocultural pressupõe idênticas vontades, atitudes, atividades sociocultural e o emprego de políticas públicas. Assim, a classificação e a proteção de paisagens e sítios favorecem o meio ambiente e a preservação dos valores culturais; o desordenamento urbanístico afeta os monumentos e áreas culturais degradadas são desfavoráveis ao meio ambiente.¹⁷⁰

Com efeito, para alguns, ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico, o constituinte delimitou um novo direito fundamental, diante da sua relação com a vida e a dignidade da pessoa humana, pois estes necessitam do meio para se desenvolver. Temos então, que as matérias relacionadas de forma direta ou indireta com o *meio ambiente*, como no caso do *patrimônio cultural*, acabam se projetando sobre o *domínio dos direitos fundamentais*, tanto pelo modo com que foram inseridos na Carta Magna, como pelo fato de ser o “Estado Democrático de Direito a garantia, a promoção e a efetivação desses direitos”.¹⁷¹

¹⁶⁸ GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de direito do património cultural e de direito do urbanismo. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 143-7. Ver também AMARAL, Diogo Freitas. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994, p. 11-22.

¹⁶⁹ GOMES, Carla Amado, op. cit., p. 141-2.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2019, p. 19.

¹⁷¹ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 113-4, a qual qualifica “o direito à proteção ambiental como um legítimo direito fundamental, uma vez que diz diretamente com a própria dignidade da vida humana. [...] Esse entendimento é manifestado não apenas no Brasil, mas também em diversos outros

Nesse modelo as novas normas constitucionais configuraram o meio ambiente como um direito fundamental, capaz de vincular todos os poderes públicos e por si só dotado de eficácia em termos de normatividade. Pois ao se determinar que todos têm um direito ao meio ambiente equilibrado daí resulta incumbência tanto ao Estado como aos seus cidadãos. E, nesse passo, a integridade ambiental vem a se constituir por si só um bem jurídico autônomo, conectada ao ambiente natural e ao princípio da dignidade da pessoa humana,¹⁷² o que também se aplica ao próprio meio ambiente cultural.

Assim, vige tanto um *direito ao ambiente* como um *direito à proteção do meio ambiente* e, ao mesmo tempo, “um direito fundamental autônomo do indivíduo” e um direito coletivo e difuso, e uma obrigação dos poderes públicos na sua consecução efetiva.¹⁷³ E também, “enquanto reconduzíveis a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análogas”, os direitos ao meio ambiente são “direitos de autonomia ou de defesa das pessoas perante os poderes, públicos e sociais”.¹⁷⁴ Revelando primeiramente uma obrigação de *non facere*, para a não afetação do equilíbrio ambiental, mas sim um dever de conservação e cuidado, como forma de garantir o usufruto para as gerações presentes e futuras.

Tal direito à preservação do meio ambiente é tão abrangente e prevalente, que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do meio ambiente.” De tal forma que “não se alterarem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes”, sob pena de provocar “inaceitáveis comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental”.¹⁷⁵ Assim, na

ordenamentos jurídico-constitucionais e nos tratados e convenções [...]”. Na mesma linha SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35 e 81-2, explana que os direitos fundamentais são concretizações do direito ou princípio fundamental da pessoa humana, consagrado na CF-BR. Ver MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico*, op. cit., p. 122-40.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 27, p. 51-7, jul.-set. 2002 e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26-36.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 183-4.

¹⁷⁴ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2018, p. 131.

¹⁷⁵ STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03-02-2006.

composição entre os valores e princípios em conflito, deve “ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”, dentro os quais o “direito de acesso à cultura”.¹⁷⁶

Dentro das dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, enquanto defesa e prestação, o meio ambiente cultural assume forma de direito de defesa, no sentido de não afetação e de preservação. Já enquanto direito à prestação, vem a exigir do Estado e da sociedade a sua devida proteção. A união de ambos os direitos e a atuação conjunta do Poder Público e da comunidade, permitirá que a coletividade usufrua de um *meio ambiente saudável* e de um *patrimônio cultural preservado*, o que não é facultativo, mas é um *direito* e um *dever*.

Nesta linha, explana Vieira de Andrade que os “direitos ao ambiente e à fruição do patrimônio cultural não se limitam ao direito à intervenção prestadora do Estado”. Mas exige uma atuação conjunta de todos, “num quadro de reciprocidade e de solidariedade”, assumindo uma configuração de *direitos circulares*, dentro de interesses comuns e que vão além de bens individuais.¹⁷⁷

O que, transportado para o ordenamento nacional, confere, ao lado do mesmo direito, um *dever fundamental de preservação*, conforme o próprio teor do art. 216, §1º, da CF-BR, comanda por expresso, ao determinar que o Estado, com a colaboração comunitária, “promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”, por meio de diversos instrumentos legais.

Uma das decorrências desse quadro é a exigência de um *mínimo existencial* e de níveis aceitáveis de tutela, diante do dever conjunto de preservar o meio ambiente cultural e não permitir a sua degradação de nenhuma forma, seja por ausência, deficiência ou insuficiência da devida proteção.

Do mesmo modo, pende a *proibição de retrocesso* dos atuais níveis protetivos, não podendo o Poder Público autorizar, tolerar ou atribuir guarida a condutas negativas e que possam vulnerar os bens culturais, seja por ação ou omissão, da parte de particulares ou de qualquer órgão público. Assim, “cumpre ao Estado responder oportunamente e de forma eficiente pelo exercício de seu dever

¹⁷⁶ STF, Rel. Min. Eros Grau, ADI 1.950, DJ 02-06-2006.

¹⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 157.

de proteção para o fim de assegurar” uma tutela suficiente para tais bens jurídicos.¹⁷⁸

Portanto, essa ordem de direitos e deveres é tão forte que gera uma obrigação inafastável para os poderes públicos, inclusive de proibição da tutela deficiente, com relação ao meio ambiente cultural. No que, os “deveres de proteção do Estado contemporâneo estão alicerçados” em seu compromisso assumido “por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida *digna e saudável* aos seus cidadãos” e o seu patrimônio cultural preservado. De modo que não apenas deve se omitir de condutas que violem tais direitos, como também deve agir em seu favor, com medidas positivas.¹⁷⁹

Com efeito, pontua Jorge Miranda que “enquanto reconduzíveis a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga, os direitos atinentes ao patrimônio cultural são direitos de autonomia da pessoa perante os poderes públicos e sociais que a condicionam ou envolvem”. Tem tanto uma estrutura negativa de respeito, abstenção e *non facere*, como uma pretensão de não afetação, livre acesso e “fruição dos bens culturais, com os correspondentes meios de promoção e garantia”.¹⁸⁰

Nessa linha, “há direitos fundamentais conexos com a proteção do patrimônio cultural” e também há direitos que emergem quando ele conflui com “certas situações subjetivas – sejam direitos relativamente autônomos, sejam direitos de iniciativa, de promoção ou de defesa, sejam direitos com estrutura de direitos, liberdades e garantias ou com estrutura de direitos sociais”. Assim, os “interesses e direitos relativos ao patrimônio cultural têm de ser compaginados com os restantes direitos fundamentais, numa tarefa de concordância prática”.¹⁸¹

¹⁷⁸ AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileiro. In: *Dano ambiental na sociedade de risco*, LEITE, José Rubens Morato (Coordenador). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120-9.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: *Dano ambiental na sociedade de risco*, op. cit., p. 134-9.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2019, p. 21-3

¹⁸¹ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2019, p. 24-5. Explica que tal tarefa nem sempre é fácil. De uma parte, tais interesses e direitos podem justificar restrições de outros direitos, como de propriedade e reais. Mas também deve ter em conta outros direitos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade religiosa.

2.4 OS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS EM TORNO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A construção de um arcabouço normativo em torno do *direito do patrimônio cultural* pressupõe o conhecimento do processo histórico de tais matérias pelo legislador, além de uma educação e participação “comunitária dirigida para o significado histórico do patrimônio como símbolo de cultura e de identidade nacional”. Assim, este direito do patrimônio cultural será um “conjunto de normas jurídicas, conformadas com um sentimento geral de respeito pelos valores simbolizados nesses bens ou coisas protegidas”, cuja legitimidade e eficácia dependerá da sociedade, para além das figuras de Estado.¹⁸²

De onde, os deveres para com o patrimônio cultural não se restringem a uma obrigação estatal, na medida em que pelo art. 216, §1º, da Constituição Federal do Brasil (CF-BR), cabe ao Poder Público, junto com a comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Na mesma linha da Constituição da República de Portugal, que no seu art.78º prevê como direito de todos a fruição e criação cultural e um dever comum “preservar, defender e valorizar o património cultural”. Devendo o Estado, junto com os agentes culturais “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”.

De tal forma que a “garantia da eficácia das normas legais que positivem o direito” do patrimônio cultural dependerá “não apenas na quantidade ou qualidade formal dos diplomas legais”, nem somente da “rapidez ou eficiência do aparelho coercitivo colocado ao seu serviço”, mas em muito da “adesão da comunidade ao seu cumprimento”.¹⁸³

Portanto, temos que o patrimônio cultural é um assunto que diz respeito a toda a sociedade, indo além das mãos estatais. Além disso, não está ele centralizado apenas na União, por conta da obrigação comum a ela, aos Estados e

¹⁸² PINTO, op. cit., p. 237. COSTA, Rodrigo Vieira. Cultura e patrimônio cultural na Constituição da República de 1988 – a autonomia dos direitos fundamentais. *Revista CPC*, São Paulo, nº 6, mai.-out. 2008, p. 21-46, “analisa a definição de cultura e patrimônio cultural sob a ótica do novo ramo autônomo da ciência jurídica denominado Direitos Culturais”.

¹⁸³ PINTO, op. cit., p. 237.

Municípios, pelo art. 23, III, da CF-BR.¹⁸⁴ De modo que é um interesse de todos e decada um dos membros da comunidade, “enquanto conjunto de pessoas livres, responsáveis e minimamente conscientes de sua condição de cidadãos”, seja no corpo local, regional, nacional ou até na humanidade.¹⁸⁵

Diante do que, tratamos de *direitos e deveres fundamentais sobre o patrimônio cultural*, os quais, além de direitos de caráter social e cultural, são eles reconduzíveis a autênticos “direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga”, enquanto figura de “autonomia da pessoa perante os poderes públicos e sociais que a condicionam ou envolvem”. Tanto de pretensões negativas (abstenção e *non facere*), como positivas (acesso, promoção, garantia, preservação), configurando “regras de eficácia imediata, de vinculação das entidades públicas e privadas”, além de restrição às próprias restrições.¹⁸⁶

Na outra face, configura o dever de múltiplos agentes públicos e privados no sentido de *preservar, valorizar e defender* o seu patrimônio cultural, enquanto dever fundamental, com força ainda maior do que os desdobramentos de um direito. Daí decorrem várias consequências, como a conservação de bens culturais pelo proprietário e sanções no âmbito da responsabilidade civil e penal. Além do fato de que, a nosso ver, segue sendo o poder público o principal responsável por proteger o patrimônio cultural, a sua conservação e valorização.

Para ilustrar, dentro um destes deveres está o de “preservação”, que é um conceito genérico, não restrito a uma única forma ou norma. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise a conservar a memória de

¹⁸⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

¹⁸⁵ NABAIS, op. cit., 2010, p. 35-6.

¹⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo I, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 271, referindo-se aos artigos 18º, 19º e 78º da Constituição portuguesa: Artigo 18º – Força Jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Ainda, conferir p. 471-7 sobre o meio ambiente. Ver MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 66, out.-dez. 2017, p. 95-107.

fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar este aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória.¹⁸⁷

De qualquer forma, a tutela não se esgota enquanto tarefa do Estado na medida em que a proteção do património cultural acaba sendo um direito e um dever fundamental de todos, de: acesso, fruição, preservação, valorização e defesa do património cultural, o qual de algum modo conecta-se à própria realização da dignidade da pessoa humana, e cujo exercício deve ser assegurado na maior medida do possível, ponderando-se eventuais interesses em conflito.

Trata-se aqui daquilo que a doutrina lusitana denomina de *Constituição Cultural*, dentro da “indissociabilidade da ‘existência digna’ de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da ‘democracia cultural’ de um dever de cuidado pelas prestações culturais” materiais, como a de preservação, o que deve ser garantido para a sociedade.¹⁸⁸

O certo é que a proteção e a promoção do património cultural não se tratam mais e apenas de uma “simples obrigação unilateral do Estado”, todavia figuram também como “verdadeiros direitos e deveres dos cidadãos”, pois junto ao *direito* à sua *fruição*, está coligado o *dever* de o *defender*. De tal forma que a “salvaguardada e a valorização do património cultural podem implicar a restrição de outros direitos fundamentais”, como o próprio direito de propriedade,¹⁸⁹ por conta de limitações oriundas, por exemplo, do tombamento.

Por fim, no tocante aos interesses a serem protegidos por meio dos direitos e deveres inerentes à tutela do património cultural, sintetiza Tomasevicius Filho que o primeiro é o “relacionado à educação, ou à ‘paideia’ contemporâneas, correspondente aos valores culturais da sociedade.” O segundo é a “formação e preservação das identidades nacionais”, ao permitir que o “indivíduo seja reconhecido como membro do grupo” de modo que a sua conservação faz com que

¹⁸⁷ CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais. O tombamento*. São Paulo: Renovar, 1991, p. 5; e NABAIS, op. cit., p. 105-8.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 349 e 385, aduzindo ser a cultura “parte do património da humanidade”.

¹⁸⁹ CANOTILHO, Gomes J. J., MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, vol. I, 4ª ed.. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 279 e 927.

a tradição a ele associada não se perca, fazendo com que tal identidade se mantenha, por conta da própria continuidade da existência do bem. E o terceiro interesse é a historiografia, “ao fazer do bem cultural um documento da época, por meio do qual se permite explicar e compreender o passado com a máxima objetividade possível”, como por meio de antigos artefatos e de edifícios de época.¹⁹⁰

2.5. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Em se tratando de um *direito social fundamental* cumpre ao Estado o dever de prestação e proteção (e este também como uma decorrência do seu monopólio da força legítima), para que as gerações atuais e futuras possam usufruir de tais bens. Esta defesa do patrimônio cultural se projeta em face dos particulares e também do próprio contexto da atual “sociedade de risco”, o que abrange eventos naturais, acidentes ou outros. Também, se estende a chamada “proteção contra si mesmo”, no tocante às decisões e opções que o responsável assume.¹⁹¹ Tais questões do risco e do autogerenciamento cabem perfeitamente nos exemplos dos sinistros recentes em Museus brasileiros.

Ainda, tem-se o dever de promoção, o qual claramente aparece nos artigos 215, §3º¹⁹² e 216, §1º, da CF-BR. Tal dever se aplica a todos os direitos fundamentais, do mesmo modo ao patrimônio cultural, na medida em que o Estado Social deve se “preocupar com as questões de efetivo acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos, e não apenas com a sua mera garantia jurídico-formal”. Ou seja, não basta apenas protegê-los face aos perigos, é importante que os poderes públicos viabilizem o acesso a tais categorias de bens. Fazendo com que tudo que é aplicável aos direitos de liberdade também o seja “na mesma medida

¹⁹⁰ TOMASEVICIUS FILHO, op. cit., p. 216-7.

¹⁹¹ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 259-60.

¹⁹² Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II

produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV

democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

e com idênticos condicionamentos, às correspondentes modalidades e dimensões dos direitos sociais”.¹⁹³

Sempre que a norma constitucional conter um comando normativo preciso, denso e determinável, independente de ser um direito fundamental puro ou social derivado dele, mas que exige uma atuação estatal (sem obstáculo financeiro relevante), tem-se que a “vinculação jurídica que resulta da norma constitucional é plena, a norma é diretamente aplicável e o controle judicial sobre a respectiva aplicação é total”.¹⁹⁴

Afinal, os deveres de proteção eventualmente exigem prestações fáticas e materiais, mas sobretudo se realizam por via de prestações normativas, com basena criação de normas de proteção. Tal nos conduz ao fato de que no Brasil inexistia um Estatuto de Proteção do Patrimônio Cultural ou mesmo uma consolidação de leis protetivas. Estando a sua tutela restrita a instrumentos dispersos (que analisaremos em breve), o principal ainda é o decreto-lei de tombamento, concebido no distante ano de 1937.

Ocorre que tal política de lacuna e omissão ainda perdura, em que pese a clareza e a determinação constitucional de promoção e de tutela do patrimônio cultural. Enquanto isto, Portugal, que possui uma estrutura simétrica na sua Constituição sobre tal ordem de direitos, detém um instrumento real e efetivo, na Lei nº 107/2001, a qual trata sobre a proteção, a valorização e as políticas públicas em torno do patrimônio cultural.

A proteção devida também se manifesta em relação à obrigatoria não diminuição dos direitos tutelados, seja na qualidade ou na quantidade dos níveis protetivos. O que faz com que eventual ausência, supressão, redução ou regressão no âmbito de tutela, como no penal (seja por meio de tipos, sanções ou de instrumentos normativos), ou mesmo em políticas públicas de fortalecimento, atuariam as correspondentes contramedidas, no que diz respeito aos princípios da proibição da insuficiência e da proibição do retrocesso.

No tocante à proibição de insuficiência, esta desempenha um papel tão importante no controle das omissões, tal como a proibição de excesso sobre as restrições. De modo que no “domínio do controle direito de constitucionalidade da

¹⁹³ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 261-2 e 267.

¹⁹⁴ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 270 e 277.

omissão das medidas destinadas a realizar os direitos fundamentais positivos, designadamente os direitos sociais” é que incidirá a vedação da prestação insuficiente, com as consequências legais a ela inerentes.¹⁹⁵

Para tanto, deve ser identificada a “delimitação positiva do conteúdo mínimo do direito ou dos deveres estatais” que devem ser realizados bem como a “desrazoabilidade da situação objetiva e subjetiva em que ficam os potencialmente destinatários das medidas estatais de ajuda”, como decorrência dos efeitos negativos que a não realização dos deveres prestacionais (proteção e promoção) gera em relação aos afetados individual ou coletivamente.¹⁹⁶

Tem-se aqui uma ligação com a necessidade de “criação de pressupostos de uma liberdade”, a qual deve ser efetiva e real, “aportando numa relação de compromisso entre um amplo reconhecimento de pretensões e prestações positivas”. O que faz com que os direitos fundamentais sociais figurem como “necessários à defesa e manutenção dos direitos fundamentais de liberdade”, numa posição em que resultam garantidos por “princípios jurídicos fundamentais” e posições expressas na constituição.¹⁹⁷

Desse modo, o objeto “típico dos direitos fundamentais sociais seria constituído pelo chamado ‘mínimo de existência material’, como uma medida daquele que é o menor grau de proteção, como nos direitos de educação. O conteúdo deste *mínimo existencial de direito* está ligado ao próprio princípio da dignidade humana, de tal forma que este mínimo não pode ser sacrificado e sequer submetido à ponderação, para que seja preservada a essência dos direitos, os quais se constituem num compromisso fundamental do Estado para com o cidadão, já que a sociedade e o povo são os verdadeiros titulares da soberania.¹⁹⁸

Para Vieira de Andrade trata-se do mínimo para uma “existência condigna”, a qual não se destina apenas a garantir a sobrevivência, “mas ainda o ‘livre’ desenvolvimento da personalidade e à inclusão na sociedade”, como acesso a bens,

¹⁹⁵ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 299-300.

¹⁹⁶ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 307.

¹⁹⁷ QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra:Coimbra Ed., 2006, p. 92 e 106.

¹⁹⁸ QUEIROZ, op. cit., p. 95-7 e 100.

serviços e a fruição de um patrimônio cultural preservado.¹⁹⁹ Assim, temos que a realização de um mínimo exigível é medida requerida pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana e os compromissos do Estado para com a sociedade, em especial, frente aos direitos fundamentais, sociais e culturais.

Neste campo, o “objeto de proteção da norma diz respeito tanto à garantia *geral e abstrata* como à *posição jurídica individual* de cada cidadão”, seja em relação ao caráter objetivo ou subjetivo da proteção requerida e ofertada. Fazendo com que o conteúdo do direito fundamental e a essência do seu mínimo transcendam a “esfera da liberdade individual do respectivo titular para se apresentar como uma espécie de ‘última barreira’ na concretização do direito.” De tal modo que esta “função positiva ou objetiva do conteúdo essencial” venha a impor “a ‘exigibilidade’, a ‘adequação’ e a ‘proporcionalidade em sentido estrito’ dos atos do poder público face aos fins que estes se propõem legitimamente prosseguir”.²⁰⁰

Circunstâncias que tornam obrigatória a não violação do princípio da proporcionalidade, de que não sejam adotadas medidas de supressão, ou a incidências de omissão, ou atuações desarrazoadas, o que poderia configurar a incidência da vedação de proteção insuficiente, o que é repellido pelo respectivo direito fundamental social em pauta.

Por sua vez, o já citado controle da *desrazoabilidade* exposto por Reis Novais desloca-se do campo da delimitação do “direito para o terreno de uma avaliação das consequências da omissão estatal” na esfera dos afetados. Assim, considera-se que há um déficit “inconstitucional de prestação quando a omissão estatal deixa os cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desarrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito Social”.²⁰¹

Esta omissão fere o princípio da proibição da insuficiência, pois no “quadro dos direitos fundamentais sociais o Estado encontra-se vinculado à prossecução de um objetivo determinado” diretamente ligado ao princípio da proporcionalidade. E mais, o Estado encontra-se de tal forma vinculado a um dever de proteção, que ele é

¹⁹⁹ ANDRADE, Vieira J. C. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas. Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002. In: *Jurisprudência Constitucional*, vol. I, 2004, p. 29.

²⁰⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed. 2004, p. 213 e 216, inclusive referindo Alexy, Canotilho e Vital Moreira

²⁰¹ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 310. Entendemos que a razoabilidade está ligada ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito já examinado.

forçado de modo irrenunciável a “conceder ao direito fundamental tudo o que o bem jurídico em causa o exigir”.²⁰²

Esta situação desvantajosa, frente aos padrões mínimos de proteção em favor dos titulares do direito, será comparada aos “efeitos que seriam previsivelmente gerados com uma outra atuação estatal de prestações comportável no quadro dos recursos e disponibilidades do Estado”.²⁰³

Ausência e prejuízo neste particular que facilmente deslumbramos pela inexistência de um Estatuto do Patrimônio Cultural ou outro instrumento que venha aformalizar um nível mínimo de codificação positivada, e uma materialização mínima no campo prestacional e de tutela, para a consecução e fruição de um patrimônio cultural ao alcance da sociedade, conservado e apreciável.

A incompatibilidade desta lacuna é reforçada pelo fato de que o desenvolvimento dos instrumentos legislativos com base na constituição não seria custoso e não afetaria a reserva do possível. E atenderia uma necessidade básica, dentro da já referida e chamada “reserva do politicamente adequado e oportuno.” E mais, do mesmo modo geraria efeitos sobre a dimensão de defesa, na medida em que o Estado também deve respeitar e preservar os direitos sociais e fundamentais previstos, ainda que venha colidir, afetar ou restringir outros direitos, como já mencionado pode ocorrer em relação à propriedade.

A importância e o nível de afetação de tal omissão é tão forte que a constituição lusitana no seu art. 22º²⁰⁴ prevê por expresse que os entes públicos são responsáveis por omissões praticadas no exercício das suas funções e que em consequência violem direitos, liberdades e garantias, ou gerem prejuízo. Quanto a nós aqui nos debruçamos em demonstrar o quão prejudicial para os institutos e direitos do patrimônio cultural tem sido a omissão legislativa brasileira.

²⁰² QUEIROZ, op. cit., 2006, p. 107-10. Acrescentando que o “Tribunal Constitucional Federal alemão tem vindo a conceder protecção aos direitos fundamentais sociais sempre que o legislador haja permanecido inactivo, isto é, sempre que o legislador não tenha actuado no quadro de um ‘dever de protecção’ constitucionalmente requerido, ou quando o legislador, mesmo tendo actuado, haja permanecido, de forma inequívoca, aquém (: ‘proibição da insuficiência’) ou além (: ‘proibição do excesso’) dos limites constitucionalmente apostos à sua competência legislativa de conformação”.

²⁰³ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 311.

²⁰⁴ Artigo 22.º Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Ainda, o art. 18º da Constituição de Portugal²⁰⁵ assegura que os preceitos sobre direitos são diretamente aplicáveis e vinculam os entes públicos e privados, além da proteção contra restrições não expressamente autorizadas na constituição. E mais, quando o seu art. 20º, nº 5,²⁰⁶ garante que, para a defesa dos direitos, liberdades e garantias, a lei deve assegurar procedimentos judiciais para a efetiva tutela em tempo útil contra ameaça ou violações de tais direitos, está implícito a necessidade de mecanismos legislativos prévios que venham a assegurar a materialização, tramitação e fruição de tais direitos, para que então possam eles ser cobrados e garantidos pela via judicial, sempre que estiverem em situação de perigo ou dano.

Quanto ao sistema pátrio, um exemplo efetivo de ataque, de risco de restrição indevida, de violação ao direito fundamental social não expressamente autorizada, de retrocesso nos níveis de tutela (retrocesso que afeta o seu conteúdo essencial e sequer está suficientemente demonstrado), da criação de um quadro de proibição deficiente e de colisão direta contra o art. 216 da Constituição brasileira, encontramos claramente no recente Projeto de Lei nº 2396-2020, apresentado na Câmara Federal, que pretende realizar alterações no Decreto-Lei nº 25/37 e enfraquecer o instituto do tombamento.

Por fim, podemos pontuar que o assim chamado *meio ambiente cultural* produz um elo intergeracional e configura uma das formas de garantir a dignidade da pessoa humana,²⁰⁷ dentro dos direitos humanos fundamentais. Pois, quando se

²⁰⁵ Artigo 18.º Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

²⁰⁶ Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. [...]
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

²⁰⁷ MATEUS, Douglas Predo; COROMINAS, Vivian Valverde. A proteção do patrimônio histórico edificado como garantia da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento sustentável. Revista do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, ano V, nº 9, jan.-jun. 2017, p 53. Os autores argumentam

preserva um determinado patrimônio, como no caso dos bens imóveis, garanta-se a tutela da identidade cultural, as raízes de uma determinada comunidade e forma-se uma garantia de que tal valioso arcabouço não será extinguido.

2.6 O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Conforme Peter Häberle a tutela do patrimônio cultural nacional é apenas um fragmento de um contexto maior: “toda Constituição vive por fim da dimensão cultural.” Assim, a “preservação do bem cultural, as liberdades culturais especiais, as cláusulas expressas da herança cultural e todos os artigos culturais estatais formam sobretudo as explicações especiais” e gerais daquilo que forma a “dimensão cultural da Constituição.” Afinal, a Constituição não é apenas o conjunto geral e jurídico de regras normativas de um ordenamento, mas ela também figura como “a expressão de um estado de desenvolvimento cultural, meio de auto-representação dos povos, espelho de seu legado cultural e alicerce de sua esperança”.²⁰⁸

Embora expresso pelo constituinte originário, não sendo propriamente um *direito fundamental nato*, defendemos a sua feição e natureza *análoga* a este, como sujeito ao *regime geral dos direitos fundamentais*, ou podendo enquadrar-se nos chamados *direitos materialmente fundamentais*, por conta do catálogo aberto constitucional, da sua valia e posição no ordenamento.

Ou, a partir de Canotilho, podemos firmar que seria um direito “com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias”, gerando direitos de prestação e de proteção, os quais não podem ser vulnerados nem pelo Estado, nem por particulares. Além, das “*imposições legisferantes*”, apontando para a obrigação

ainda com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quando este afirma que: “Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

²⁰⁸ HÄBERLE, Peter. National-verfassungstaatlicher und universaler Kulturgüterschutz – ein Textstufenvergleich. In: Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht. Prinzipien des Kulturgüterschutzes – Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht. vol. 37. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, *apud* COSTA, Rodrigo Vieira Costa. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. In: IV Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 28 a 30 de maio de 2008, Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil. Ver HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución comciência de la cultura. Madrid: Tecnos, 2006, p. 23, o qual registra que a Constituição é a “expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um modo de auto-representação própria de um povo, espelho do seu legado cultural” (tradução livre).

de o legislador atuar” de forma positiva, criando “condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos”.²⁰⁹

Com efeito, é preciso observar que os modelos de Estado Democrático de Direito brasileiro²¹⁰ e lusitano²¹¹ operam como um “sistema normativo aberto de regras e princípios”, com as chamadas: *estrutura dialógica* e *capacidade de aprendizagem*, com legitimação “para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes” de direito, justiça e sociedade.²¹²

Ocorre que, “para além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material”, sobre direitos que, por seu conteúdo e substância “pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente” do seu catálogo escrito. Então, temos as seguintes categorias de direitos fundamentais: positivados (os do título II da CF-BR: direitos e garantias fundamentais); direitos dispersos (por força do art. 5º, §2º, da CF-BR); direitos implícitos positivados (decorrentes do regime e dos princípios adotados); direitos derivados de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

²⁰⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 403-9, exemplifica como direitos de natureza análoga os culturais; e que direitos fundamentais materiais conformariam um “espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal. No plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrados. Por um lado, e não obstante a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, a Constituição qualificou ambas as categorias de direitos como direitos fundamentais”.

²¹⁰ Constituição Federal do Brasil, Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²¹¹ Constituição da República de Portugal: Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais.

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Artigo 17.º Regime dos direitos, liberdades e garantias. O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

²¹² CANOTILHO, op. cit., p. 1159-76, explicando que: “(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* [...]; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*.” [...] o que “permite a descodificação, em termos de um ‘constitucionalismo adequado’ [...], da estrutura sistémica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como *sistema aberto de regras e princípios*”. Então, “no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como ‘lei’: o *direito constitucional é direito positivo*. Neste se sentido se fala na ‘*constituição como norma*’ (Garcia de Enterría) e na ‘*força normativa da constituição*’ (K. Hesse), a complexa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é um direito positivo, se a *constituição vale como lei*, então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade* regulando jurídica e efectivamente as relações da vida (P. Heck), dirigindo as condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos (Luhmann).”

(aprovados na forma do art. 5º, §3º, da CF-BR); e direitos fundamentais que repousam na legislação infraconstitucional.²¹³

O patrimônio cultural não consta do catálogo expresso de direitos fundamentais,²¹⁴ nem dos sociais (artigos 5º e 6º da Constituição brasileira), estando localizado dentro do título da “Ordem Social”.²¹⁵ Todavia, entendemos que a nossa estrutura constitucional permite a sua previsão implícita dentro dos direitos fundamentais, a partir do critério abrangente. Para ilustrar, pontuamos que o art. 5º, LXXIII, da CF-BR, instituiu a ação popular para a tutela do patrimônio cultural e do meio ambiente, cabendo lembrar que remédios constitucionais são garantias instrumentais dirigidas à proteção de direitos fundamentais e a sua eficácia.

Então, como a ação popular é “uma garantia fundamental, os direitos por ela tutelados devem ser considerados direitos fundamentais, independentes da localização topográficas destes direitos” na nossa Constituição Federal. O que reforça que o patrimônio cultural “deve ser reconhecido como direito em sentido formal e *materialmente* fundamental”, ou como um *direito fundamental implícito*, decorrente dos princípios e regime autorizados pelo art. 5º, §2º da CF-BR, o que lhe

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 322- 7.

²¹⁴ PAIVA, Carlos Magno de Souza. O Direito fundamental ao patrimônio cultural em tempos de isolamento social. In: *Direitos culturais: múltiplas perspectivas (vol. V) – impactos da pandemia*. CUNHA FILHO, Francisco Humberto; LINS, Mateus Rodrigues; AGUIAR, Marcos Pinto, Fortaleza: UECE, 2021, p. 170-1, defende que “Poder-se-ia sim afirmar que, o direito ao patrimônio cultural, materialmente considerado, constitui um direito fundamental, especialmente em razão da abertura dada pelo §2º, do Art. 5º da CR, que estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, é possível aferir “a condição de direito fundamental própria ao patrimônio cultural, a partir da compreensão amadurecida, abrangente e plural dos documentos de Direito Internacional, especialmente aqueles que versam sobre Direitos Humanos. Inclusive, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos traz duas alusões ao papel da cultura na vida do ser humano. Tanto para dizer que “todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade”, como para destacar que “a todo ser humano, como membro da sociedade, é garantido os direitos culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”. Ver também FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; DANTAS, Lima Álvaro Jäder. A cidadania cultural e a acessibilidade a prédios e sítios de valor histórico e cultural. In: *Direitos culturais: múltiplas perspectivas (vol. V)*, op. cit., p. 245-62.

²¹⁵ CUNHA FILHO, Humberto. *Teoria dos direitos culturais. Fundamentos e finalidades*. 2ª ed., São Paulo: SESC Edições, 2020, p. 49-50, assim se posiciona: “Já se sabe que a Constituinte de 1987/88, ao tratar especificamente da cultura, o fez em seção que está 2010 artigos distantes do famoso artigo 5º, o que principia o título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. A designação diferenciada e a distância, por assim dizer, topográfica não são suficientes para eliminar o enquadramento dos direitos culturais no rol dos fundamentais, pois como assevera Canotilho, ‘Não se trata de uma classificação contraposta à dos direitos, liberdades e garantias. São apenas diferentes destes, sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais’. Da exposição, infere-se que, em gênero, os direitos culturais são fundamentais, restando averiguar quais garantias institucionais estão disponíveis para sua plena efetivação”.

confere aplicabilidade imediata, vinculação dos poderes públicos e dos particulares (art. 5º, §1º), bem como a submissão aos limites formais e matérias de reforma constitucional,²¹⁶ para fins de evitar erosão e retrocesso de direitos.

Sob tal fundamento esgrima Magno Paiva da possibilidade de se “afirmar que o direito ao patrimônio cultural, materialmente considerado, constitui um direito fundamental mormente em razão da abertura dada pelo §2º, do art. 5º” da Constituição Federal. Assim, é possível aferir “a condição de fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural a partir da compreensão amadurecida, abrangente e plural dos documentos normativos de Direito Internacional”, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que estabelece a garantia aos direitos culturais, como indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da pessoa.²¹⁷

Ademais, “é relevante apontar que na única oportunidade em que a nossa Constituição nomeia um direito, cuja mera ‘ameaça de lesão’ já estaria sujeita às punições da Lei, é para se referir ao Patrimônio Cultural”. Aqui temos um forte indicador da sua importância e da sua infungibilidade como elemento inerente tanto ao desenvolvimento do indivíduo e à construção da sua personalidade como à identidade em torno de uma comunidade.²¹⁸

Prosseguindo, basta ver que as matérias sobre direitos e garantias fundamentais de nossa constituição expandem-se ao longo de todo o seu texto, e mesmo fora do catálogo original do art. 5º, para abarcar outros vetores, com os

²¹⁶ GOMES, Nestor Castilho; GUSSO, Luana de Carvalho Silva. Patrimônio cultural e direitos fundamentais: os desafios para uma ordenação constitucional da cultural. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 9, nº 17, jul.-dez. 2017, p. 364 e 368-70, acrescentando que: “acaso fosse necessário recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda assim seria possível sustentar a fundamentalidade material do direito ao patrimônio cultural. Isso porque para que exista dignidade é preciso a valorização do patrimônio cultural material e imaterial do ser humano”, por ser “imprescindível para a formação da personalidade humana e, em especial, para a concretização da dignidade”. Também, DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 351. Ver MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 166-170, 732, 738-740.

²¹⁷ PAIVA, Carlos Magno de Souza. A intensidade normativa e o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural: considerações em tempo de isolamento social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 91, jan-jun. 2022, p. 123-4.

²¹⁸ PAIVA, Carlos, op. cit., 2022, p. 125 e conclui: “Sendo assim, daquilo que foi dito acima, pode-se inferir que o direito ao patrimônio cultural é sim um direito fundamental, materialmente considerado e, portanto, contemplado pelo Título II da Constituição da República, que estabelece os ‘Direitos e Garantias Fundamentais’. Ainda que de modo coadjuvante, está amparado pela garantia fundamental da ação popular, mas, especialmente, por decorrer de um elemento basilar na construção da personalidade do sujeito e da identidade coletiva, além de ser um Direito Humano por força da DUDH, também é um direito fundamental”.

próprios princípios. De tal modo, que o seu rol está construído como *numerus apertos* e não hierarquizados, o que permite concluir que o direito ao patrimônio cultural, ainda que não expresse, pode ser considerado como de “viés fundamental”.

Ocorre que os direitos fundamentais posicionam-se no nosso ordenamento como “ pilar dos pilares”, de modo que usufruem “primazia quase (senão) absoluta, sobre qualquer outra postulação política, econômica e social concorrente”, conforme o seu patamar. Sua função legitimante é indiscutível, o que “atrai a primazia do princípio hermenêutico ‘na dúvida, a favor dos direitos fundamentais’ e da prevalência da norma de direitos fundamentais mais favorável.” Assim, diante da evolução da sociedade, das suas necessidades e do sistema, o quadro dos direitos fundamentais não poderia ser *numerus clausus*. De modo que o seu rol é aberto e sempre passível de acréscimos, de acordo com fatores temporais, novos anseios e carências humanas.²¹⁹

Com efeito, entre outros fundamentos deste teor, temos a pretensão da Constituição ser um documento duradouro, eficaz e atualizado, de modo a se adaptar a dinâmica social e a aceleração dos tempos modernos, fazendo valer a sua força normativa, oriunda também da própria interpretação. No que se inclui tanto os princípios expressos, como os implícitos, pois estes “apesar de não possuírem enunciados linguísticos na Constituição, são igualmente considerados normas jurídicas”, numa decorrência da própria lógica do sistema. Assim, esta abertura também é “impulsionada pela textura diferenciada dos princípios constitucionais como elementos de alta relevância”, o que garante uma “maior capacidade de acomodação e atualização perante o nascimento de novos conceitos e valores adjacentes a um corpo coletivo”.²²⁰ Entre tais princípios podemos citar o da

²¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 550 e 556.

²²⁰ LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In LEITE, George Salomão (Org.), *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2008, p. 19, 23-4. Por sua vez, RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Direito ao patrimônio cultural preservado – um direito e uma garantia fundamental. Revista Pensar, Fortaleza, abr. 2007, p. 59-60, conclui que “há uma relação indissolúvel entre a necessidade de o Estado preservar estes bens, ditos de interesse cultural, e o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural preservado como um [...] direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”, pilar base da nossa república e que garante ao indivíduo a preservação da sua cultura.

proporcionalidade (na sua dupla vertente) e, entre os valores, o patrimônio cultural, enquanto direito e dever de promoção e de proteção.

Assim, a partir de uma interpretação sistemática, temos que o art. 216, da CF-BR, seria análogo aos direitos e garantias fundamentais, enquanto direito à preservação do patrimônio cultural, da identidade e cultura, dos valores materiais e imateriais e da memória dos grupos formadores da nossa sociedade, de interesse coletivo. Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal firmou que a nossa constituição reconheceu por expresse a “necessidade de tutelar e salvaguardar o patrimônio histórico-cultural, enquanto direito fundamental de terceira geração”, assim considerado em virtude da sua “titularidade difusa, não individualizada, mas pertencente a uma coletividade”.²²¹

É importante sublinharmos que não estamos diante de um “elenco taxativo de direitos fundamentais”, a sua enumeração, que não é de rigor exemplificativa, é “aberta, sempre pronta a ser preenchida ou complementada” por via de novos direitos para além daqueles que foram contemplados em determinado momento constitucional”. O que verificamos por expresse, tanto no art. 5º, §2º da Constituição brasileira, como no art. 16, nº I, da Constituição portuguesa, redigidos como uma autêntica “cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais”.²²²

Portanto, podemos concluir que o direito ao patrimônio cultural possui natureza de direito *implícito* ou *análogo* aos direitos fundamentais.²²³ Neste ponto, basta atentar a forma com que a nossa Carta Constitucional foi conformada,²²⁴ sem pretensão de possuir um rol exaustivo e exclusivo de direitos, não restrita a cláusulas positivadas e sem o necessário apego a uma topografia de valores.

²²¹ STF, RE AgR 1.222.920 SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 21-03-2000, p. 97.

²²² MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 181.

²²³ MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, número, 18, sep.-dec. 1986, p. 130, defende que “Desde que sejam direitos fundamentais no sentido e no contexto atrás definidos, também poderão ser direitos de natureza análoga á dos direitos, liberdades e garantías. Como há pouco dissemos, o regime de direitos, liberdades e garantías compreende um regime material (arts. 18º e segs.), um regime orgânico (arts. 167º, 168º e 164º) e um regime de limites materiais de revisão constitucional (art. 290º). [...] Finalmente, o regime dos direitos, liberdades e garantías só se aplica a verdadeiros direitos fundamentais ou aplica-se a todas as figuras contidas no título II da parte I, sejam direitos, garantías institucionais ou outras? Aplica-se a todas as figuras”.

²²⁴ Também, a Carta de Portugal permite tal aplicação por expresse: Artigo 17º Regime dos direitos, liberdades e garantías. O regime dos direitos, liberdades e garantías aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

A sua natureza é a de permanecer aberta e passível de atualização a novos direitos, sejam eles de existência ou de reconhecimento recentes. E, neste particular, está perfeitamente identificado o meio ambiente e o patrimônio cultural. Além da sua conexão direta com o princípio e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF-BR), e da sua própria existência, já que se trata de bens de uso comum do povo, fundamental à sadia qualidade de vida e ao seu desenvolvimento cultural.

A partir deste reconhecimento do caráter fundamental do patrimônio cultural, destaca Marcos Miranda, entre as suas consequências, a imprescritibilidade das ações reparatórias dos seus danos, a possibilidade de sua defesa mediante o manejo dos mais variados instrumentos, como a ação civil pública, e a necessária atuação do Ministério Público na sua tutela, não apenas como autor processual, mas também intervindo como *custos legis*.²²⁵

Ora, o ambiental natural é perene em nosso planeta e vários monumentos históricos atravessaram milênios. Ainda que em séculos anteriores pudéssemos identificar a construção de instrumentos jurídicos em favor da proteção destes bens jurídicos, apenas no século XX receberam, tomaram forma e cresceram com a grandeza que hoje ostentam. Basta ver que só em 1981 o Brasil concebe a sua “política nacional do meio ambiente”, pela Lei nº 6.938. Ainda, apesar de reconhecido em 1988, e repousar em nossas entranhas ao longo de cinco séculos, apenas em 2000 é instituído o “registro de bens culturais de natureza imaterial”, pelo Decreto nº 3.551.

E mais, passado em torno de dois séculos, e apesar de reconhecimento prévio, as cidades mineiras do ciclo do ouro e as obras de Aleijadinho foram listadas e tombadas oficialmente só em 1938. Ou seja, bens e valores de existência antiga, mas que foram cunhados com selo legal e elevados a determinado patamar em momento posterior, estando em posição privilegiada após a atual Constituição, cujos mecanismos de abertura permitem que o patrimônio cultural aspire índole e teor de direito análogo a fundamental.

Portanto, temos que o rol dos direitos fundamentais de uma Constituição deve adaptar-se à ordem e ao processo de formação e transformação de valores, com

²²⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Introdução ao direito do patrimônio cultural brasileiro, Belo Horizonte: 3i editora, 2021, p. 59-60.

simetria na realidade material e fática da sua época, para que possa assegurar com harmonia e eficácia os próprios fins e propósitos da carta constitucional. No que a sua abertura permitirá a atualização do catálogo de direitos, de acordo com as demandas temporais e contemporâneas, materializando determinada categoria de direitos e a sua respectiva fruição, ainda que não formalmente citados pelo constituinte.

Tal processo faz parte da própria “força normativa da Constituição”, na qual a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e está conectada com questões técnicas, políticas, econômicas, sociais, históricas e naturais, para além das próprias condições de vigência e eficácia, não sendo “apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”, no qual o poder de sua normatividade está diretamente ligado ao âmbito de sua efetividade.²²⁶

A partir do que, mais do que prever, a Constituição poderá fixar uma direção prática e uma ordenação objetiva aos seus preceitos fundamentais, implícitos ou explícitos, dando vazão a sua força vital, seja no presente ou no futuro, realizando-se como força ativa de orientação e transformação. Pois “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativa hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição”.²²⁷

Nesta linha, entendemos como perfeitamente caracterizado e delineado em nossa carta os valores em torno do patrimônio cultural e sua importância sistêmica, com verdadeira feição e caráter de direito análogo à fundamental. E, na medida em que “direitos fundamentais não podem existir sem deveres”,²²⁸ temos aqui reforçada a importância dos bens culturais, enquanto objetos memorativos do passado e de significado irrenunciável para as presentes e futuras gerações. Ao mesmo tempo em que toca a estas, em conjunto com o Poder Público, a correlata obrigação de promoção e defesa destas riquezas, permitindo tanto a sua fruição, como a completude do necessário elo e ciclo intergeracional.

Assim, o patrimônio cultural desponta na sua feição de direito fundamental, dentro de um conjunto de posições jurídicas, como um direito a prestações fáticas e também normativas. De onde surge o próprio direito à proteção dos objetos culturais

²²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, SAFE: 1991, p. 14-17.

²²⁷ HESSE, op. cit., p. 18-24.

²²⁸ HESSE, op. cit., p. 21.

e à sua fruição coletiva, autorizando o Estado a normalizar condutas e atividades, delimitar âmbitos de atuação e prescrever atividades lesivas a tais bens jurídicos, enquanto ilícitos penais, ou infrações administrativas, ou sujeito a medidas civis.

Na espécie, como o próprio “conceito jurídico de bem cultural é ainda um conceito liminar, aberto, relativo e funcional”: *funcional* por não ser fechado, pois as normativas também remetem à interdisciplinaridade de fontes não jurídicas; *aberto* por estar passível de mutação às realidades históricas e sociais; *relativo* por várias razões, pois cada ordenamento pode conter a sua conceituação, e esta depende de necessidades concretas de proteção e de valorização, além de se mostrar variável de acordo com as diversas categorias de interesse cultural; e *funcional*, na medida em que “o conceito de bem cultural serve essencialmente à necessidade de sujeição de certas realidades (testemunhos palpáveis, mas também perecíveis) a uma especial tutela jurídica,” o que irá determinar o regime jurídico de acordo com o princípio da necessidade de tutela pública, e porque tanto o conceito, como o regime, atendem ao fim da fruibilidade universal.²²⁹

Assim, a própria variação e construção ao longo do tempo de certos grupos de direitos, pode ser verificada na evolução das gerações de direitos fundamentais. Afinal, estes não são fruto de um momento único, mas geracional, sem que os subsequentes levem à extinção dos anteriores, e, sim, à soma e à permanência, manifestando-se tanto em face do indivíduo, como da coletividade.

Os de Primeira Geração possuem ligação com a era do Iluminismo e dizem respeito às liberdades, estando conectados aos direitos civis e políticos, como a vida, a igualdade e a propriedade. Foram os primeiros a serem constitucionalizados, tendo por foco o indivíduo e a oposição perante o Estado. Reconhecem a autonomia dos particulares, como resistência ao Estado, um direito de defesa e de abstenção. (“direito negativo”).

A Segunda Geração surge no período entre guerras, na primeira parte do século XX. Aqui, o Estado não apenas deve intervir, como é o responsável pela sua concretude e financiamento. As características são o teor coletivo, prestacional,

²²⁹ ALEXANDRINO, op. cit., o qual conclui que: “são três as implicações fundamentais do conceito de bem cultural: (i) garantir a unidade de sentido do sistema de tutela no plano interno; (ii) proporcionar uma estruturação racional dos regimes jurídicos de proteção e valorização; e (iii) servir de elemento basilar da construção dogmática do Direito do património cultural. Em suma, no primeiro caso, o conceito tem relevo político-legislativo, no segundo, um relevo prático e, no terceiro, um relevo científico”.

movido pela diminuição das desigualdades, em favor de um mínimo de dignidade existencial, com a tutela dos menos favorecidos, para que possam subsistir e fruir do básico. São direitos notadamente sociais (saúde, trabalho, educação, cultura, previdência e habitação). É o Estado de bem-estar social (welfare state) ou Providência (“direito positivo”). Sem nenhum tipo de oposição, tal categoria vem a somar-se e a interagir com os de primeira geração.

Os de Terceira Geração estão ligados ao humanismo, universalidade, solidariedade e fraternidade, surgindo após a 2ª Guerra Mundial (Criação da ONU- 1946, e Declaração Universal dos Direitos Humanos- 1948). Guardam relação com a autodeterminação dos povos, o progresso e a qualidade de vida. A concepção tem por escopo o gênero humano (não o indivíduo), devendo suplantiar grupos, ideologias e regimes políticos. Como exemplo citamos o meio ambiente equilibrado, o patrimônio cultural protegido e, em termos coletivos, os direitos os resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

A Quarta Geração é recente e decorre da globalização, compreendendo direitos à democracia, ao pluralismo, à informação. Tem ligação com a proteção futura da vida, saúde e cidadania. Exemplo são as questões em torno e da genética e das novas tecnologias.²³⁰ Por sua vez, uma quinta dimensão de tais direitos é defendida por juristas como Paulo Bonavides, os quais estariam conectados às questões em torno da paz mundial.²³¹

Na espécie, nos posicionamos que o direito em estudo orbita entre a segunda e a terceira geração. Naquela, pelas suas características enquanto pretensão, prestação e direito coletivo. Nesta, conectados a fatores da identidade nacional, aos direitos dos povos, ao progresso que não anula as conquistas e os valores do passado e às questões em torno do ordenamento urbano correto, do meio ambiente sadio e do patrimônio cultural preservado.

Por sua vez, em Portugal defende-se que ao incluir uma *Constituição Cultural* na sua Carta, constituiu de certa forma um *Estado Cultural*. Ou seja, de um lado um

²³⁰ FLACH, Michael Schneider. A relação entre os direitos fundamentais e os coletivos. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 83, mai.-mar. 2018, p. 109-10, pontuando ainda que num “passado recente reconhecemos o direito ao meio ambiente, no presente nos debruçamos sobre o valor da água, e no futuro poderemos estar debatendo questões da biogenética.”

²³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 576- 95; e BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais, *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, abr.-jun. 2008, p. 82-93. Ver SAMPAIO, op. cit., p. 568-579.

“*Estado de direito cultural*, obrigado a respeitar a liberdade e a autonomia cultural do cidadão”, enquanto liberdades culturais; e de outro lado um “*Estado democrático cultural*, empenhado no alargamento e na democratização da cultura”, enquanto *direitos à cultura*.²³²

Aqui, o *patrimônio cultural* vem a ser um dos próprios elementos caracterizadores da República, sendo atribuído ao Estado a tarefa de sua defesa, proteção e valorização,²³³ e que não pode ser renunciada.

Temos aqui tanto uma “Constituição cultural objetiva – a referente às instituições culturais e às incumbências do Estado e da sociedade” –, como uma “Constituição Cultural subjetiva – a referente aos direitos fundamentais”.²³⁴

Conforme Carla Amado Gomes, a “Constituição chama o tema da realização cultural dos cidadãos – uma procura existencial que encontra uma referência imprescindível no patrimônio cultural”, inserido no “âmago do Estado Social de Direito (art. 2º CRP), fomentando uma concepção dinâmica dos bens culturais”. Para além da postura meramente protecionista, o Estado também assume uma função de interventor nas atividades culturais acentuando a importância do elemento cultural como fator de “consolidação da democracia social e justifica a elevação do patrimônio cultural a ‘elemento vivificador da identidade cultural comum’ [art. 78/2, al.c]”.²³⁵

Tal âmbito de proteção conferido pelo art. 78 da Constituição de Portugal compreende tanto o direito de fruir dos bens culturais como o dever da sua preservação. E, apesar de inserido no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais, o dispositivo em pauta “não constitui apenas um apelo programático à intervenção do Estado e outras entidades públicas na conservação e dinamização do patrimônio cultural nacional”. Pois, além da estrutura positiva, ainda agrega o dever de abstenção de partes públicas ou privadas da prática de atos lesivos a este

²³² CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 887-8.

²³³ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 279 e 928, colocando ainda que “a salvaguarda do património cultural suscita problemas de restrição e conservação”; sendo que “o direito à fruição e criação cultural traduz-se ainda

em variadas incumbências do Estado (*lato sensu*) compreendendo o poder público em geral”, e que “adquirem a natureza de verdadeiras imposições constitucionais”, como direitos de *natureza positiva*.

²³⁴ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2019. Ver também CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos fundamentais. Fundamentos e direitos Sociais. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 271-77.

²³⁵ GOMES, Carla Amado. O patrimônio cultural na Constituição. In: Textos Dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e de Direito do Urbanismo, GOMES, Carla Amado (Org.), AADF DL: Lisboa, 2018, p. 13.

patrimônio. Dentro de um sistema de corresponsabilização dos entes públicos e privados na defesa, valorização e promoção do patrimônio cultural.²³⁶

Igualmente na Espanha podemos identificar uma “Constituição Cultural” ou um “Estado de Cultura”, relativo aos direitos fundamentais e ao mandato dirigido aos poderes públicos em prol de sua conservação e enriquecimento, dentro de um caráter coletivo e promocional do Estado Social, valorizando os elementos culturais dentro das próprias disposições políticas e econômicas.²³⁷

Nesta linha, Gerardo Ruiz manifesta-se que a universalização da Constituição cultural não é apenas um sintoma de uma preocupação geral em torno do fenômeno de proteção dos bens culturais, mas um indicativo de um emergente “*status culturalis*” ou Estado de cultura característico do constitucionalismo moderno, e que demonstra a importância do patrimônio cultural no sistema de valores do Estado Social e Democrático de Direito.²³⁸

Tanto é, que no seu preâmbulo a Carta espanhola firma o compromisso de proteger a todos os seus cidadãos nos direitos humanos, suas culturas e tradições, bem como trabalhar para o progresso da cultura, a fim de garantir a todos uma digna qualidade de vida. O que demonstra a ligação dos valores culturais com o próprio Estado de Direito e com o bem-estar sócio-cultural.²³⁹

Prosseguindo, nas disposições preliminares de tal Constituição o art. 9.º determina aos poderes públicos promover a liberdade e a igualdade e facilitar a

²³⁶ GOMES, Carla Amado, op. cit., 2018, p. 14.

²³⁷ GARCÍA RENART, Felipe. El delito de daños al patrimonio cultural español. Granada: Comares, 2002, p. 141.

²³⁸ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el derecho constitucional. In: Constitución y Cultura, op. cit., p. 29-31, e acrescenta: “Em esta redimensión y ampliación de los compromisos constitucionales a favor del principio cultural ha tenido que ver bastante el impulso desarrollado en el derecho convencional, y la propuesta que se hace desde esa esfera normativa de un inédito *contrato social en materia de cultura y naturaleza* (Häberle). El efecto principal de esta teoría convierte a los estados en ‘fideicomisarios’ responsables de la protección no solo de su cultura sino también de aquellos bienes culturales que tiene un valor universal para el conjunto de la humanidad. Quizás la mejor aportación de la teoría del autor alemán se centra en la comprensión de la Constitución no solamente como un conjunto de disposiciones normativas enclavada en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino en su valor como exponente fidedigno de la ‘autorepresentación cultural de un pueblo’.”

²³⁹ GARCÍA RENART, op. cit., p. 142. Ainda invoca a lição de ÁLVAREZ ÁLVAREZ de que “difícilmente puede haber acceso a la cultura y libertad de creación cultural fuera del Estado de Derecho, y difícilmente puede existir convivencia democrática y sociedad avanzada sin una preferente atención a la cultura que haga que la sociedad entera llegue a ser una sociedad culta, que se proponga con objetivos primarios la convivencia y el avance o progreso”. Interessante também citar que VAQUER CABALLERÍA, Marcos. Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 106, fala de direito público cultural.

participação de todos os cidadãos na vida cultural e social, o que está conectado com o próprio art. 10.1 que trata da dignidade da pessoa. Culmina com o seu art.

44.1 o qual determina que os “poderes públicos promovam e tutelem o acesso à cultura a que todos tem direito”, ou seja, um direito de todos e um dever do Estado de “fazer efetivo esse direito fundamental à cultura e, em consequência, à conservação”, o enriquecimento e a proteção do seu patrimônio cultural, propiciando os mecanismos de gozo e fruição por parte dos seus cidadãos.²⁴⁰

O seu teor fundamental é reforçado no art. 46 da sua Constituição da Espanha de 1978 ao ordenar aos poderes públicos que garantam a conservação, promovam e enriqueçam o patrimônio cultural e os bens que o integram, independente da sua titularidade ou regime jurídico. Além de cominar um mandado de que a lei penal deve sancionar os atentados contra o patrimônio cultural.²⁴¹ Ainda, importante destacar, que tal dispositivo localiza-se no acervo do Título I, referente aos *direitos e deveres fundamentais*, abrigado no Capítulo III, dos *princípios reitores da política social*.

Aqui incide uma obrigação múltipla dos poderes do Estado na defesa e no apoio do patrimônio cultural, seja no presente ou no futuro, para a sua plena garantia.²⁴² O Estado é o sujeito ativo desta proteção que se propaga de forma “*propter rem*”, a titularidade dos bens protegidos é tanto pública, como privada, e até mesmo dos objetos eclesiais, e o alvo é o patrimônio histórico, cultural e artístico de todos os povos espanhóis. Ainda, não basta a mera conservação, sendo também necessária a promoção do seu enriquecimento, com obrigações que compreendem a proibição de demolição, alteração e exportação, além da imposição de crimes.²⁴³

²⁴⁰ GARCÍA RENART, op. cit., p. 143-5. A previsão do art. 44 está compreendida na seguinte posição: Capítulo Segundo: Derechos y libertades. Sección 1ª: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Sección 2ª: De los derechos y deberes de los ciudadanos. Capítulo Tercero: De los principios rectores de la política social y económica.

²⁴¹ Artículo 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

²⁴² ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. Comentario sistemático a la constitución española de 1978. Madrid: Del Foro, 1978, p. 328.

²⁴³ GARRIDO FALLA, Fernando, et al. Comentarios a la constitución. Madrid: Civitas, 1985, p. 827-8, explicando no aspecto criminal a obrigação de que “la ley penal en cumplimiento del mandato constitucional, sancione los atentados contra este patrimonio. Mandato que constituye expreso testimonio de la conciencia que tiene el legislador de la gravedad de tales atentados y de la necesidad de frenarlos”.

Tal disposição configura a tutela do patrimônio cultural como um autêntico “fim de Estado”, no qual deve ser perseguida a consecução de um objetivo protetivo na maior medida do possível. Outrossim, configura uma “garantia institucional”, na medida em que a conservação do seu patrimônio histórico jamais pode ser negligenciada, nem o atual nível de tutela reconhecido na constituição pode ser reduzido, sob pena de inconstitucionalidade.²⁴⁴

Igualmente, o art. 46 da Carta espanhola cria uma vinculação entre cultura, educação, livre desenvolvimento da personalidade, meio ambiente e patrimôniocultural como um todo, o que se estende aos poderes públicos e aos particulares, no sentido de conservar, restaurar, investigar e promover este patrimônio por várias formas, enquanto bem coletivo e dotado de função social.²⁴⁵

Esta ordem de valores da Constituição da Espanha manifesta-se de forma tão forte sobre o seu sistema, que a doutrina e jurisprudência local posicionam-se no sentido de que sequer é necessária uma declaração formal (como a administrativa), para que os bens culturais sejam protegidos, por conta da cominação constitucional, em que pese possam sim eles já estarem classificados de alguma forma (como o inventário).²⁴⁶

²⁴⁴ RUIZ MIGUEL, Carlos. La protección del patrimonio cultural desde la constitución. *Revista de Derecho Político*, nº 63, 2005, p. 59-61. Ver também: RUIZ MIGUEL, Carlos. Multiculturalismo e constitución. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fradrique Furrió Cerriol*, nºs 36/37, 2001, p. 5 e ss.

²⁴⁵ OROSCO PARDO; PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 51, “Se trata de un ‘bien colectivo no patrimonial’ a preservar [...] representan y sirven al enriquecimiento de la persona, tienen una función formadora y educativa de la sensibilidad del espíritu humano, y ayudan a comprender el entorno, el pasado y el presente de una civilización. Con ello se pone de manifiesto la función social que desempeñan así como su conexión con los valores, principios y derechos constitucionales, vertebrales de una comunidad, que posee toda persona como individuo y en cuanto miembro de una comunidad, más o menos universal.”

²⁴⁶ OROSCO PARDO; PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 41-8. Citando as decisões: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 13 de abril de 1981: “*el derecho social a la cultura, que trasciende incluso de los límites nacional para ser objeto de creciente regulación internacional y que en el campo espiritual viene ya inserto en el patrimonio colectivo de la humanidad, presenta unas acusadas cualidades de esencialidad e importancia que hace inexcusable aplicar su legislación protectora en el sentido más favorable a los fines de conservación de los bienes culturales a que se refiere*”. Também a Sentencia de la Sala 2ª, de 12 de novembro de 1991, sobre o roubo de objetos artísticos de uma igreja: “*se trata de tallas únicas con evidente valor artístico que datan del siglo XVIII, y aparecen incorporadas al retablo mayor de la iglesia de donde fueran sustraídas; su existencia secular, formando parte del conjunto mencionado, trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del Patrimonio histórico, cultural y artístico de la nación*”. Acrescentam os autores que tal sentença foi modificada pelo Tribunal Supremo, tendo este afirmado: “*Este es el criterio que se ha impuesto en la doctrina científica en tanto que el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que se actúe en la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico y su titularidad.*”

A partir da Carta espanhola López Bravo firma o caráter fundamental do patrimônio cultural, o qual tem experimentado uma expansão no seu objeto e finalidade, inclusive em resposta aos novos tempos; e cujo acesso, fruição e preservação estão ligados ao pleno desenvolvimento da personalidade, do direito à qualidade da vida, e às necessidades vitais tanto em termos individuais como comunitários, o que dentro de um Estado Social configura os poderes públicos como organizadores e garantes da liberdade plena da sociedade.²⁴⁷

Para este autor o patrimônio cultural é um direito que possui um conjunto de deveres e obrigações divididos em dois grandes núcleos. Um público, que obriga os órgãos de Estado a atuar em favor da sua conservação, salvaguarda, promoção, desenvolvimento e difusão. E um outro privado, pertencente aos cidadãos, e que consistiria no direito de acesso e conhecimento aos bens culturais, o direito de desfrute, o direito à pluralidade cultural, o direito de exigir do Estado ações em favor do patrimônio cultural, com a sua conservação, proteção e difusão.²⁴⁸

Temos então que a tutela do patrimônio cultural consubstancia-se num valor inapropriável, partilhado por todos, dentro de um interesse coletivo e difuso em favor da sua proteção e dinamização. Tal é inerente ao próprio direito à cultura, contribuindo para a “realização da democracia participativa e do desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, princípios basilares de um Estado de Direito assente na dignidade da pessoa humana”.²⁴⁹

Essa conformação protetiva não está restrita um modelo de Estado Democrático de Direito, pois está coligada ao Estado Social, o qual desponha do

²⁴⁷ LÓPEZ BRAVO, Carlos. El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999, p. 140 e 148, acrescentando que “El hombre sólo alcanzará su plenitud intelectual, espiritual y moral, cuando haya hecho efectivo su fundamental derecho a recibir una educación adecuada y cuando esta educación se vea complementada con el conocimiento y disfrute de los bienes de la Cultura.” Na mesma linha: VITTORIO FROSINI, Los derechos humanos en la era tecnológica, *In: Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Madrid: Marcial Pons, 1987, p. 87; e CASTRO CID, Benito. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a luz de la teoría general de los derechos humanos, León: Universidad de León, 1993, p. 161.

²⁴⁸ LÓPEZ BRAVO, op. cit., p. 150, complementando que “En este sentido, podemos hablar de un derecho al patrimonio cultural encuadrado en la tercera generación, como derecho fundamental en fase de concreción y consagración constitucional, ya que la vigente Constitución española de 1978 lo mantiene entre los principios rectores de la política social y económica”. Ver também LÓPEZ BRAVO, Carlos. El derecho al patrimonio cultural. Tese de Doutorado, Orientador Antonio-Enrique Perez Luño, Universidad de Sevilla, 1999.

²⁴⁹ GOMES, Carla Amado, op. cit., 2018, p. 15, explicando que a defesa do patrimônio cultural é assegurada pelo direito de ação popular, conforme Lei 83/1995, c/c o art. 52/3º, da CRP.

cruzamento de objetivos econômicos, políticos e sociais, que vem a se reconduzir num “imperativo de promoção do bem-estar dos cidadãos, com respeito pelos seus direitos, liberdades e garantias e na observância dos princípios constitucionais da democracia e legalidade”.²⁵⁰

Aqui os poderes públicos asseguram a existência das estruturas jurídicas aptas a alcançar os objetivos constitucionais e dar-lhes continuidade. E embora a tarefa da salvaguarda e valorização do patrimônio cultural seja primeiro da competência do Estado, como promotor da democracia cultural, também incidem os comportamentos e as responsabilidades dos cidadãos, em favor da sua tutela, damobilização cívica e da luta contra o seu esquecimento e perecimento.²⁵¹

Igualmente, o “imperativo de proteção e valorização do patrimônio cultural queirradia da Constituição assenta na elaboração de um conceito jurídico, construído a partir do reconhecimento de um valor que se desprende” dos objetos materiais quando nele se incorpora o patrimônio cultural, de modo que a categoria de *bem cultural* levará a sua identificação, classificação e tutela. Este reconhecimento enquanto bem cultural está ancorado no valor objetivo da cultura e justificado na “atenção conferida pela Constituição ao patrimônio cultural e a elevação da sua proteção e valorização da tarefa fundamental do Estado (art. 9º/e)”, concretizado na respectiva legislação protetiva.²⁵²

Com efeito, podemos verificar que o art. 9º da Constituição da Itália determina que a República promova o desenvolvimento da *cultura* e da *ciência*, e que tutele “a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação”.²⁵³ Assim, a relação entre esta Constituição e a proteção dos bens culturais é biunívoca, pois este dever vem arepresentar um dos princípios fundamentais da Carga Magna, ao mesmo tempo em que o conceito desta é capaz de influir até na qualificação em torno do *patrimônio cultural*, ao lado do ônus de preservá-lo e de desenvolver a cultura nacional. Ouseja, aqui foi constitucionalizada a própria *função cultural*, que realizam os *bens de*

²⁵⁰ GOMES, Carla Amado, op. cit., 2018, p. 48.

²⁵¹ GOMES, Carla Amado, op. cit., 2018, p. 49.

²⁵² GOMES, Carla Amado, op. cit., 2018, p. 16, 21 e 46. Acrescentando que a “fruição dos bens culturais deve ser entendida numa perspectiva dinâmica, de enriquecimento individual e coletivo. Fruir o patrimônio é conhecê-lo, apreciá-lo, vivê-lo e para alcançar esses objetivos é necessário, em primeiro lugar, estabelecer o acesso aos bens culturais”.

²⁵³ MUSSO, SPAGNA, Enrico. Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana, Napoli: Morano, 1961.

interesse cultural, e cujo desenvolvimento prático mínimo foi colocado em aberto, capaz de atender aos interesses sociais em mutação.²⁵⁴

De tal forma, que a proteção dos bens culturais tem se mostrado um elemento essencial no novo modelo de *Estado de Direito Constitucional*, já que estes também se definem por sua *cultura*, seja no preâmbulo, como direito ou dever fundamental, mandado constitucional, ou uma cláusula geral de tutela junto às liberdades culturais aos direitos de participação. Pode-se dizer, que a cultura tem se conformado como um “quarto elemento” do Estado, do seu poder e dever, e da proteção de bens culturais, inclusive como uma das finalidades dos poderes públicos, seja pela utilização do direito penal, do privado ou da sua combinação.

Temos então um novo *Direito Constitucional Cultural* e um modelo de *Constituição como Cultura*, pois um Estado também se define por sua cultura e a liberdade só pode ser plena por vias culturais. As cláusulas em torno da cultura e dos seus bens são parte da *dimensão cultural da constituição*, e a proteção destes está em compasso e a serviço da identidade cultural do seu povo e da nação.²⁵⁵

Com propriedade pontua Mário Serrano que nos modernos textos constitucionais verificamos um “direito fundamental à cultura, desdobrado em

²⁵⁴ ROLLA, op. cit., p. 163-5, complementando que: “No parece aventurado comparar el artículo 9 de la Constitución con las páginas de un libro que el constituyente ha querido dejar en blanco y que se van llenando poco a poco de contenidos normativos al madurar el interés social por los temas de la salud, del ambiente y de la calidad de vida. La cultura y los bienes culturales pueden introducirse en el catálogo de los derechos de la llamada ‘tercera generación’, es decir, entre las posiciones subjetivas que surgen como consecuencia del rápido desarrollo científico y tecnológico o que han sido inducidas por la exigencia de instaurar un nuevo orden humanitario basado sobre un desarrollo equilibrado y no patógeno, sobre la tutela del patrimonio común de la humanidad. No es una casualidad que diversas convenciones internacionales les reconozcan la cualidad de patrimoniocomún de la humanidad. [...] La expresión lingüística ‘bien cultural’ ha tenido éxito, sobre todo, en el ordenamiento internacional, que la utiliza en numerosos acuerdos y convenciones. Un primer grupo obliga a las partes contratantes a establecer planes de tutela de los bienes a proteger, a introducir medidas de salvaguardia e incentivos para su restauración y conservación, a contrastar con los adecuados aparatos la exportación y el comercio ilegal, a facilitar la circulación de los conocimientos científicos, a desarrollar la investigación en los sectores idóneos para mejorar la restauración y la conservación, así como a emprender las adecuadas actividades de educación social. Un segundo grupo de normas internacionales tiene por objeto la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”

²⁵⁵ HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo. Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, nº 54, sep.-dic. 1998, p. 11-38, arrematando que: “*La libertad solo se convierte en libertad ‘plena’ a través de la cultura. La persona consigue ‘andar de pie’ gracias a la cultura. [...] La protección de los bienes culturales sólo es un aspecto de algo más complejo: cada Constitución propia de un Estado constitucional parece animada por la dimensión de lo cultural. [...] La Constitución no sólo es un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, es expresión de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.*” (p. 23-8).

diferentes direitos culturais e moldado segundo a evolução de sucessivos fundamentais”. As constituições liberais surgiram ligadas às liberdades e, agora, no Estado social, passam a ser incorporados os direitos sociais e culturais, fazendo com que estes modernamente sejam reconhecidos como direitos de terceira geração, tal como os direitos de participação.²⁵⁶

Passamos a ter então uma *Constituição Cultural*, um *Estado Cultural* ou uma *ordem constitucional da cultura*, como princípios e normas inscritos na lei maior e pertinentes à temática cultural, as quais ali figuram como um valor essencial e dirigido à proteção da cultura, desdobrados no reconhecimento de um direito subjetivo voltado à sua plena realização, pelo estabelecimento de tarefas e deveres de atuação do Estado em prol do acesso dos seus cidadãos à fruição cultural. Já em termos de patrimônio cultural, a sua proteção e valorização constituem-se num fator primordial para a “consolidação de uma identidade comunitária e para a realização da dignidade da pessoa humana”.²⁵⁷

Na espécie, anota Reis Novais que para as Constituições de Brasil e Portugal, e apesar das suas respectivas especificidades, os *direitos sociais* são *direitos fundamentais* e assim foram integrados e estão reconhecidos pelas respectivas Cartas, com uma relevância plena. Ainda, revelam um dever de observância e vinculação por parte dos poderes públicos, o qual se traduz na manutenção do direito, no respeito e na abstenção de ataques e em deveres positivos de proteção e de promoção, além das respectivas decorrências frente os particulares.²⁵⁸

Com efeito, o patrimônio cultural, enquanto integrante da cultura, faz parte dos direitos sociais, mas estes também são direitos constitucionais que usufruem “do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo o seu conteúdo, tal como os direitos de liberdade”. Fazendo com que todos os poderes públicos estejam “constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais”.²⁵⁹

²⁵⁶ SERRANO, Mario Medes. A protecção dos direitos culturais: cultura e património na experiência jurídica e judiciária portuguesa. Revista do Centro de Estudos Judiciários, II, 2013, p. 385.

²⁵⁷ SERRANO, op. cit., p. 385 e 392, inclusive com amparo em Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Vital Moreira, Peter Häberle e Vasco Pereira.

²⁵⁸ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 251-4 e 271.

²⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p.84.

Uma das diferenciações entre os direitos fundamentais puros e a sua forma enquanto direitos sociais encontramos no que diz respeito às prestações, já que a disponibilidade destes podem ser limitadas à reserva do possível. Ainda assim, aqui o Estado está obrigado a uma prossecução otimizada, “progressiva e gradual dos direitos sociais à medida e com os condicionamentos das respectivas disposições financeiras”. Tal situação pode justificar restrições, contudo, desde que não ponham em causa a própria existência do direito, devendo haver uma reserva mínima para o provimento adequado e oportuno da correspondente realização positiva, de modo que eles sejam preservados e providos tanto quanto possível.²⁶⁰

Outra diferença diz respeito ao âmbito de aplicação, pois nem sempre os direitos sociais são “diretamente aplicáveis a partir exclusivamente da norma constitucional de garantia”. Contudo, tal em nada afeta o seu âmbito de eficácia, pois a norma será integrada pelo legislador ordinário e a fruição do direito também pode ser assegurada pelas vias judiciais, na medida do possível de cada caso. Além do fato de que o legislativo fica vinculado à ordem constitucional, não podendo editar medidas que a contraiam e sendo inválidas disposições anteriores que estejam em conflito com o previsto na Constituição;²⁶¹ o que entendemos ser o caso do Decreto-lei nº 3.866/1941,²⁶² o qual trata sobre o *destombamento*.

Ainda assim tais fatores são relativos, pois após a sua conformação legal o direito social adquire igual ou maior determinabilidade que alguns direitos gerais de liberdade. Principalmente se tendo em conta que após alguns anos de vigência da Constituição “todos os direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, já foram objeto de conformação infraconstitucional”.²⁶³

Desse modo, uma das principais características entre os direitos de liberdade e garantias, e os direitos sociais e culturais está em dois critérios: “a diferente determinabilidade de conteúdo constitucional dos direitos em causa”, bem como “a diferente natureza dos deveres estatais diretamente envolvidos, com a consequente diferença de natureza das reservas que os afetam.” Também, enquanto nos direitos de liberdades e garantias o foco de direitos fundamentais é o acesso individual a

²⁶⁰ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 305, 315, 345-7.

²⁶¹ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 366-9.

²⁶² TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA. O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42dac78c17149caa>. Acessado em: 03 abr. 2021.

²⁶³ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 344-5.

bens de liberdade, autonomia pessoal e participação política, nos direitos sociais e culturais privilegia-se o acesso ao rol de tais direitos “relacionados com o bem-estare as condições materiais de vida”.²⁶⁴

Acrescenta-se ainda em termos de diferenciação, a competência orgânica do constituinte, único autorizado a disciplinar questões em torno de direitos, liberdades e garantias, enquanto que o legislador ordinário dispõe de meios para atuar frente aos direitos sociais e culturais. De qualquer forma, o que se destaca em termos diferenciadores é o critério estrutural, “atinentes à diferente determinabilidade de conteúdo e natureza dos deveres estatais da correspondente realização”.²⁶⁵

Prosseguindo, temos os deveres prestacionais dos *direitos sociais fundamentais* com a “dedução dos correspondentes direitos ou pretensões à respectiva realização”, advindo a incumbência estatal de “assegurar o cumprimento desses deveres e observância desses direitos”. De tal modo que os “direitos sociais constitucionalmente consagrados passam a ser direitos individualmente titulados, oponíveis ao Estado e judicialmente impostos à observância da maioria democrática”, numa autêntica “consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais.” No nosso caso, o exemplo seria o direito de acesso e fruição à bens culturais e o correspondente dever público de sua preservação.²⁶⁶

Igualmente, a posição de *trunfos contra a maioria* é “aplicável aos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”, de forma que o “preconceito ideológico da maioria não serve de justificação para restringir direitos sociais”. Para tanto, irá prescindir dos pressupostos da democracia, da integração comunitária, da participação e do fato de que tais direitos beneficiam a comunidade e servem-na. O que perfeitamente se ajusta ao patrimônio cultural, na medida que a sua proteção não apenas obriga o Estado e o ônus de conformar as suas políticas públicas para tanto, mas também requer a conjunção colaborativa da comunidade, conforme a própria letra do art. 216, §1º, da CF-BR. De qualquer modo, os “direitos sociais existem e valem numa dada ordem jurídica, não porque o governo concorde ou a maioria no poder assim o entende, mas porque a Constituição o impõe.”²⁶⁷

²⁶⁴ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 340-5.

²⁶⁵ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 371-3.

²⁶⁶ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 322-3.

²⁶⁷ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 325-7 e 330.

Aponta JR Novais que os direitos sociais são direitos fundamentais e assim estão reconhecidos pela Constituição, fazendo com que gozem de uma proteção jurídica qualificada, com a supremacia de suas normas perante toda a ordem jurídica e a vinculação dos poderes constituídos aos respectivos comandos, sob pena de inconstitucionalidade. Ou seja, a proteção material dos direitos de liberdade e dos direitos sociais tem de ser a mesma, pelo fato de serem “direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e, logo, impostos normativamente à observação de todos os poderes constituídos”. O que impõe, por exemplo, limites de revisão constitucional e blindagem contra a erosão dos objetos resguardados por tais categorias de direito.²⁶⁸

Outra consequência diz respeito aos limites, às restrições e à possibilidade de cederem perante outros direitos. O que é facilmente demonstrado no fato de que o direito à propriedade cede e comporta restrições quando confrontado com o dever de preservação do patrimônio cultural e o direito à sua conservação. Fazendo com que a propriedade privada possa sofrer restrições decorrentes do tombamento ou mesmo supressão, como no caso da desapropriação por ausência de condições do proprietário na manutenção do bem, ou mesmo por utilidade pública e interesse social, autorizados pelo art. 19, §1º, do Decreto-lei nº 25/1937, art. 5º, “k”, do Decreto-lei nº 3.365/1941, e art. 2º, VIII, da Lei nº 4.132/1962, respectivamente.

Conclui Reis Novais que “todo o núcleo do regime material pretensamente específico dos direitos, liberdades e garantias se aplica, em toda a sua extensão e com o mesmo alcance, aos direitos sociais”. Inclusive, a “proteção absoluta contra restrições não expressamente autorizadas pela Constituição” também se “aplica indiferentemente a direitos de liberdade e a direitos sociais”. O mesmo em relação à “vinculação das entidades públicas e privadas” a tais categoriais de direito, o que gera deveres de proteção, “responsabilidade das entidades públicas por ações ou omissões”, bem como “uma obrigação geral de respeito para os direitos sociais de outros particulares”.²⁶⁹

Assim, o “direito fundamental à cultura, surge na Constituição Portuguesa, dotada de múltiplas ‘faces’, encontrando-se consagrado tanto ao nível dos ‘direitos, liberdades e garantias’”, como também dos “direitos econômicos, sociais e culturais”.

²⁶⁸ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 358-60

²⁶⁹ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 363-5.

A partir do que, são consagrados “o direito de fruição do património cultural”, o “dever fundamental dos particulares em matéria de defesa e de valorização do património cultural”, além de “um grande número de deveres, tarefas e princípios jurídicos de atuação dos poderes públicos”, os quais se encontram obrigados “à realização imediata das posições jurídicas subjetivas fundamentais”, dentro do chamado “Estado de cultura”.²⁷⁰

O “direito de fruição do património cultural trata-se de um direito fundamental, de natureza especial em relação ao direito de fruição cultural”. A ele corresponde o respectivo “dever estadual de promoção e de salvaguarda do património cultural”, o qual confere aos indivíduos um correlativo direito subjetivo, com o próprio “dever fundamental a cargo dos cidadãos de preservação, defesa e valorização do património cultural”. Ou seja, temos aqui um quadro de deveres gerais, os quais se manifestam tanto em face dos poderes públicos como dos particulares, e que tanto podem ser de natureza objetiva, como subjetiva.²⁷¹

O âmbito de obrigação dos particulares tem uma configuração de “poderes- deveres”. Por exemplo, “o dever de defender, preservar e de valorizar o património cultural diz respeito a todos os cidadãos, mas apresente um conteúdo mais forte relativamente aos titulares de direitos reais sobre bens culturais”; criando em contrapartida um direito, como o de gozar de algum tipo de benefício fiscal ou de colaboração estatal para o custeio da preservação de tais bens. Já frente aos poderes públicos, os seus deveres assumem uma posição passiva destinada à realização dos direitos fundamentais em torno do património cultural.²⁷²

No âmbito amplo do domínio da cultura, as normas de direito fundamental possuem entre si uma “unidade de sentido”, no fato de que “todas elas dizem respeito à realização cultural de cada indivíduo na vida em sociedade, que é uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana”. Neste meio, temos tanto uma ordem de proteção jurídica subjetiva, como também uma tutela jurídica objetiva, os quais produzem tanto vínculos ativos, como passivos, seja entre sujeitos públicos e privados, o que facilmente é dedutível da leitura do art. 78 da Constituição de Portugal, no que diz respeito aos direitos dos indivíduos e da sociedade de fruição

²⁷⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68-70.

²⁷¹ SILVA, Vasco, op. cit., p. 80-2.

²⁷² SILVA, Vasco, op. cit., p. 82-3.

do patrimônio cultural, aos respectivos deveres públicos e privados de defesa e valorização do patrimônio cultural.²⁷³

Diante do que, o direito fundamental à cultura é simultaneamente um “direito subjetivo integrante das relações jurídicas multilaterais de cultura” como também um “princípio atributivo de um estatuto jurídico de cidadania cultural (*status culturalis*)”. Numa dimensão negativa e de abstenção, temos a vinculação entre *cultura e liberdade*, numa “liberdade que tem literalmente como ‘objeto e tarefa’ a cultura”, tanto do indivíduo como do povo. E na dimensão positiva temos a obrigação e a necessidade de intervenção dos poderes públicos para a realização dos direitos culturais.²⁷⁴

É de se observar que tanto na Constituição portuguesa, como na brasileira, é consagrado o “direito fundamental à cultura como conceito-quadro” e um “verdadeiro direito subjetivo público”, pois confere aos “titulares uma posição jurídica de vantagem, fundada na Constituição e que vai se refletir nas relações jurídicas” públicas e privadas, tanto no que diz respeito ao direito individual e coletivo de fruição do patrimônio cultural como em relação ao *dever fundamental* amplo de defesa e de valorização do patrimônio cultural.²⁷⁵

Apresenta-se como uma dimensão negativa, que “protege os seus titulares de quaisquer agressões provenientes de entidades públicas ou privadas”, bem como uma “dimensão positiva que obriga à atuação dos poderes públicos para a sua conformação”. Reveste-se de uma “dimensão subjetiva, enquanto direitos subjetivos públicos” e também de uma “dimensão objetiva, como princípios jurídicos” ou estruturas objetivas da sociedade.

²⁷⁶

Os direitos subjetivos possuem a face negativa, contra agressões como um direito de defesa, e uma face positiva de proteção subjetiva e deveres de atuação dos poderes públicos para a proteção e a consecução dos direitos e das posições devantagens dos seus titulares. E como princípios jurídicos ou estruturas objetivas da comunidade são direitos fundamentais orientados como “conjunto de valores e princípios conformadores de todo o sistema jurídico”, voltados à aplicação, à

²⁷³ SILVA, Vasco, op. cit., p. 87-9 e 94.

²⁷⁴ HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Tecnos: Madrid, 2000, p.80-3 e 180.

²⁷⁵ SILVA, Vasco, op. cit., p. 113-4.

²⁷⁶ SILVA, Vasco, op. cit., p. 114.

interpretação e à “consagração de tarefas, princípios ou regras jurídicas de atuaçãoa cargo dos poderes públicos”.²⁷⁷

Em termos de patrimônio cultural temos uma disposição constitucional consagradora, que “atribui aos particulares a possibilidade de fruição individual deum bem jurídico, livre de agressões ilegais provenientes de entidades públicas ou privadas”, além de “estabelecer deveres ou tarefas aos poderes públicos necessários para a sua concretização”.²⁷⁸

Na sua face subjetiva destacam-se o direito de não agressão e a liberdade contra agressões públicas; o direito a atuações dos poderes públicos; o direito a um mínimo de intervenção estatal; e o direito à proteção estatal em face de agressões provenientes de terceiros.²⁷⁹

O direito de não agressão se revela em “não atentar contra”, a uma forma de resistência contra ataques públicos, o que configura numa obrigação negativa de abstenção. O direito de prestação é positivo e consiste no dever de atuação concreta do Estado, para que seja atingida a sua consecução, como na forma de promoção. O direito à intervenção mínima está voltado à proteção básica no núcleo essencial do direito, dirigido a sua concretização efetiva e também como forma de não violar a proibição da insuficiência, manifestado, por exemplo, no desenvolvimento de instrumentos de tutela e ainda de proteção penal do bem jurídico. Por fim, os poderes públicos devem agasalhar o direito fundamental contra ataques alheios, sejam internos ou externos, na medida em que tal categoria de direitos também vincula os particulares.

Já na faceta objetiva estamos diante de “princípios estruturantes do ordenamento jurídico ou estruturas objetivas da sociedade”, por via da consagração constitucional de tarefas públicas conectados ao direito fundamental à cultura (e ao seu desdobramento no tocante ao patrimônio cultural), e que “funcionam como padrões de atuações e critérios de controle dos poderes públicos”.²⁸⁰

Nesta dimensão destacam-se três aspectos principais. Primeiro, o de que os direitos fundamentais à cultura assumem o “caráter de normas de competência

²⁷⁷ SILVA, Vasco, op. cit., p. 114-5.

²⁷⁸ SILVA, Vasco, op. cit., p. 121. ²⁷⁹

SILVA, Vasco, op. cit., p. 122-3. ²⁸⁰

SILVA, Vasco, op. cit., p. 130.

negativa””, cuja função é ‘repelir’ normas ordinárias de conteúdo contrário, a serem afastadas da ordem jurídica”.²⁸¹

Em segundo lugar, os critérios de interpretação e de conformação, já que “os direitos fundamentais possuem uma natureza de princípios jurídicos que obrigam e informam toda a ordem jurídica, vinculando os poderes públicos a atuar no sentido da sua concretização”, além de operarem como “critério de interpretação e integração de lacunas das normas jurídicas”. Trata-se aqui da *eficácia horizontal* e da *força irradiante* de tais direitos.²⁸²

Por terceiro, os direitos fundamentais possuem uma dimensão programática, “que obriga os poderes públicos a atuar de forma continuada e permanente para a sua realização”, dentro de uma certa margem de apreciação e decisão, a qual necessita ser preenchida e atendida pelos órgãos de Estado, de acordo com as respectivas circunstâncias de momento e lugar,²⁸³ na medida do possível, mas sem jamais desbordar do seu teor mínimo irrenunciável.

Em termos finais, podemos anotar que embora a nossa Constituição forneça um conceito de patrimônio cultural, podemos avançar ainda mais em termos de conceituação, de modo a definir os bens mais específicos, necessários e merecedores de tutela. Do mesmo modo, é preciso compreender que o patrimônio cultural não é apenas um direito de fruição coletiva, mas ele também encerra uma ordem de deveres que obriga primeiramente ao Poder Público e envolve também a sociedade no que diz respeito à sua tutela e promoção.

Ainda, embora esteja implícito que o meio ambiente e o patrimônio culturais são direitos sociais, com feição análoga aos direitos fundamentais, a valia de tais direitos e a sua posição constitucional estão a reivindicar um reconhecimento mais expresso sobre a sua natureza, em especial pela sua grandeza transgeracional, como algo que nos foi legado pelas gerações passadas, com o compromisso de cuidarmos e mantermos no presente, de modo a garantir a sua preservação e fruição para os tempos futuros.

²⁸¹ SILVA, Vasco, op. cit., p. 131. ²⁸²

SILVA, Vasco, op. cit., p. 132. ²⁸³

SILVA, Vasco, op. cit., p. 132-3.

3 DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO BRASILEIRO

Passaremos doravante a realizar a análise dos princípios aplicáveis à proteção do patrimônio cultural, de acordo com os padrões classificatórios dominantes na doutrina nacional. Posteriormente, será analisada a conexão destes, com os princípios incidentes ao meio ambiente.

Desde já, assinalamos que o nosso ordenamento não estabelece propriamente princípios em torno do patrimônio cultural, o que seria relevante em termos da sua proteção e valorização. Ainda assim, encontramos esta principiologia de forma direta ou indireta em vários dispositivos e na nossa doutrina, os quais verificaremos a seguir.

3.1 DOS PRINCÍPIOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Passaremos a analisar os princípios do patrimônio cultural, a partir da doutrina dominante.

3.1.1 Princípio da Prevenção

A prevenção possui esteio em diversas áreas, sendo também um objeto do direito penal quanto antecipa as suas barreiras protetivas ou nos casos dos crimes de perigo. A prevenção busca evitar e contornar condutas negativas, capazes de representar algum risco ou lesão ao bem jurídico. Ora, quando se está diante de um dano que pode até mesmo apresentar efeitos irreversíveis, como a destruição de um

prédio histórico por ausência de cuidados, o ideal é desde já valer-se da prevenção e providenciar os estudos e reparos necessários.

A realidade dos atuais riscos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural são um desafio permanente na tarefa estatal para sua efetiva tutela, seja como prevenção, precaução ou reparação, os quais ainda assim não são capazes de fornecerem uma forma protetiva infalível e em tempo integral. A prevenção é antecipatória, preferencial e mais completa do que qualquer tipo de ressarcimento, baseando-se num risco iminente ou provável, de modo a fornecer resposta pronta e preventiva aos perigos de dano.

Em termos de patrimônio cultural a aplicação do princípio da prevenção envolve indicações normativas, inclusive dos valores constitucionais, os deveres do Estado e do poder público como um todo, além do envolvimento da sociedade.

Em termos estatais pende a obrigação de “conceber e efetivar meios que permitam acautelar o valor cultural dos bens antes de qualquer agressão”. Mais do que se preocupar com quem tem o ônus de preservar e conservar o bem, no cumprimento da lei fundamental é preciso consagrar mecanismos que previnam e acautelem eventuais ataques, como no caso do ordenamento do território e da avaliação de impacto ambiental.²⁸⁴

Em termos de patrimônio edificado a destruição é permanente e para sempre. O restauro do objeto danificado até é possível, mas o do prédio demolido não. Afinal, a “restauração, por melhores que sejam seus resultados, por mais perfeita que seja a reconstituição histórica, nunca corresponderá, com exatidão, à edificação” primeva,²⁸⁵ como de uma obra do século XVIII.

Por razões ainda maiores, a sua reconstrução não pode ser aceita como compensatória ou reparatória em sua plenitude, pois já não é mais a mesma estrutura nativa e original, mas, tão somente, uma réplica de si mesmo, uma reprodução no presente, daquilo que foi até então. Não teremos mais o prédio em todo o seu esplendor e originalidade, contudo, uma versão recente e quiçá caricata.

²⁸⁴ SILVA, Suzana Tavares. Da ‘contemplação da ruína’ ao patrimônio sustentável. Contributo para uma compreensão adequada dos bens culturais. Revista do centro de estudos de direito do ordenamento, do urbanismo e do ambiente, Coimbra, nº 10, ano V, 2002, p. 79.

²⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.544-9, Rel. Min. Sepúlveda Perceira, j. 12/06/2002, vide <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

Por maior que seja o esmero nos detalhes e na reprodução, ele jamais será o mesmo, pois a sua essência e alma estão sepultadas em definitivo.

A prevenção também tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao patrimônio cultural e com as consequentes obrigações de *fazer e de não fazer*. Em termos de meio ambiente cultural tal princípio se releva na conduta de inibir e limitar mais adiante a margem do perigo, a criação possível de danos, de modo que o risco residual deva ficar restrito a fatores mínimos.²⁸⁶

Assim, estamos diante de uma situação de “irrepetibilidade”, o que reforça a necessidade de prevenção, pois o ato de destruir é irreversível.²⁸⁷ Para tanto, se mostram fundamentais os instrumentos de proteção, por via de ato administrativo, lei ou decisão judicial, os quais, ao gravarem um *bem* como *especialmente protegido*, conseguem desempenhar não apenas uma função *protetiva*, como também em termos *preventivos* e de *precaução*.

Um exemplo prático vislumbramos no artigo 56 da Lei dos Crimes Ambientais,²⁸⁸ quando este criminaliza na forma dolosa e culposa uma série de atividades relativas a produtos tóxicos, perigosos e nocivos à saúde humana, os quais estejam sendo manipulados em desacordo com exigências legais e regulamentares.

²⁸⁶ REHBINDER, Eckard. *Los principios del derecho ambiental en la Republica Federal Alemana*. Buenos Aires: Fundación Manliba, 1987, p. 157; e AYALA, Patrick de Araújo. A dupla face da responsabilidade civil ambiental: o lugar da prevenção e da precaução em um direito de riscos. In: *Ação civil pública após 30 anos*, MILARÉ, Edis (Org.), São Paulo: RT, 2015, p. 684-93.

²⁸⁷ CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Almeda, 2001, p. 1201, anota: “o olhar que lançamos, [...], sobre as nossas cidades e sobre o patrimônio construído, que estas contêm e a percepção da necessidade de os proteger resultam, em grande parte, de termos também compreendido que a sua destruição é irreversível”.

²⁸⁸ Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;

II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento.

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º Se o crime é culposo:

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

Em termos de norma internacional localizamos a prevenção no artigo 4º²⁸⁹ da Lei Geral do Ambiente da Argentina (Lei nº 25.675). Também, tal postulado pode ser verificado na Declaração de Estocolmo de 1972 (Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano),²⁹⁰ em especial no Princípio 21.²⁹¹

Da mesma forma, na Diretriz 2004/35/CE de 2004 do Parlamento Europeu e do seu Conselho, a qual trata da prevenção, reparação e responsabilização por danos ambientais e estabelece no seu art. 5º: “Ação Preventiva. 1. Quando não se tiverem verificado danos ambientais, mas houver uma ameaça iminente desses danos, o operador tomará sem demora as medidas de prevenção necessárias”.²⁹²

3.1.2 Princípio da Precaução

O perigo de dano atual e iminente é a “essência da tutela preventiva, destinada a evitar o dano”, cuja proximidade de violação é uma situação real, seja em termo de perda parcial ou total. Este risco que precede o ilícito também representa um desvalor, o qual “deve ser removido ou minimizado como forma de garantia da tranquilidade social ou da estabilidade da relação jurídica”.²⁹³

A precaução se esteia no fato de que “a ausência de certeza não pode adiar a adoção de medidas de prevenção do risco”. Seja pela incerteza científica, por riscos imprevisíveis e ausência de segurança; ou mesmo por uma avaliação

²⁸⁹ Prevê o dispositivo que: “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.” Ver OLIVEIRA, Celso Maran de; ESPÍNDOLA, Isabela Battistello. Harmonização das normas jurídicas ambientais nos países do mercosul. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/9KtFNSt45kHvJJ3cXSk5Tbt/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em 29 mar. 2022.

²⁹⁰ PERETTI, Enrique; CAFFERATTA, Néstor A. A 50 años de la declaración de estocolmo. El cambio de paradigma y la resignificación del principio 21. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, nº 71, jul.-set. 2022, p. 94-103.

²⁹¹ Princípio 21. Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wpcontent/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%Aancia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>. Acessado em 29 mar. 2022.

²⁹² Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/uri=CELEX:52016DC0204&from=IT>. Acessado em 29 mar. 2022.

²⁹³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Tutela de precaução. In: *Ação civil pública após 30 anos*, MILARÉ, Edis (Org.), São Paulo: RT, 2010, p. 674-5.

científica de risco; ou ainda por uma possibilidade de dano grave e irreversível. Nesses casos, deve o legislador enviar a mensagem de que dada conduta é de tamanho risco que deve ser evitada, não podendo se assumir os riscos que podem surgir daquela atividade.²⁹⁴

Se vários riscos são possíveis, nem todos terão maior capacidade de um dano em concreto. A “prevenção está para o dano assim como a precaução está para o risco”, aquela relaciona-se diretamente com o conteúdo da norma protetiva e esta protege a situação de estabilidade decorrente desta mesma norma. Logo, a precaução é uma espécie de tutela satisfativa, o fim principal perseguido é o de atingir um patamar estável na relação jurídica do direito material que está sob risco, seja por conta de ação ou omissão. Esta tutela atenderá à garantia da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade social de atuação e pacificação de conflitos, os quais são contemplados pela nossa própria Constituição.²⁹⁵

A precaução é uma decorrência da própria prevenção, sendo o seu reconhecimento enquanto princípio mais recente. Em termos simples, ela se posiciona num estágio prévio ainda a precaução. Pois, além dos riscos já conhecidos na atualidade, outros existem que ainda não foram diagnosticados,²⁹⁶ ou estão ainda em fase de pesquisa ou no estágio atual da humanidade, ainda não é possível ter uma certeza maior sobre o seu âmbito de periculosidade.

Em termos ambientais a sua visualização é mais fácil, por exemplo, naquilo que diz respeito à escassez dos recursos naturais que poderemos enfrentar. Já em termos de patrimônio cultural, podemos ilustrar nos riscos que a poluição pode trazer para os bens edificados, em especial, para a conservação das fachadas. Ou ainda em relação ao trânsito de veículos ou de pessoas em sítios históricos, não só pelos números atuais, mas também procurando antecipar uma sobrecarga futura, ainda que na atualidade não seja possível estimar com precisão o seu grau de impacto. Também, no caso de emprego de técnicas não comprovadas de restauro, ou de metodologia não recomendada de construção no entorno de bens tombados.

²⁹⁴ SANTIAGO, Alex Fernando. Fundamentos do direito penal ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 157-9.

²⁹⁵ PAULA, op. cit., p. 676-7. Ver SPADONI, Joaquim Felipe. Tutela preventiva e repressiva do ilícito e do dano. In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, SOARES JÚNIOR, Jarbas. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; PITOMBEIRA, Sheila. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1-11.

²⁹⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYLA, Patrick Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 62.

Em nível legislativo, podemos localizá-lo no Brasil no art. 9º, III, (impacto ambiental) da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), no art. 225, §1º, V (controle sobre a produção, comércio e emprego de técnicas, métodos e substâncias com risco para a vida, sua qualidade e o meio ambiente), da Constituição Federal, no art. 54, §3º²⁹⁷ (medidas de precaução e delito de poluição) da Lei nº 9.605/1998, e também na Lei nº 11.105/2005, que “estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados”, por meio da criminalização no seu art. 29²⁹⁸ de várias condutas de manipulação de OGM e derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas legais.

Outrossim, o localizamos na Declaração do Rio da ECO-92, no seu Princípio 15, o qual preconiza que o “princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades.” E que no caso de “ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação”.²⁹⁹

²⁹⁷ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

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

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

²⁹⁸ Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

²⁹⁹ Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, Carta do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acessado em 09 out. 2020.

A precaução se distingue da prevenção, pois nesta “se tende a evitar um dano futuro, porém certo e mensurável”; enquanto que a precaução “busca impedir acriação de um risco com efeitos ainda desconhecidos” e imprevisíveis, operando num autêntico âmbito marcado pela incerteza.³⁰⁰ Não se trata, pois, do mesmo princípio, porém, de valores que interagem entre si e se complementam.

Conforme Ana Marchesan, podemos vislumbrar a precaução como um ícone na relação atual entre ciência e direito, diante da “falibilidade e da relatividade da ciência e da necessidade de o direito atuar no sentido de evitar danos irreparáveis” abens como o meio ambiente e o patrimônio cultural. Daí, a autora colhe duas consequências, a adoção de diferentes e elevados *standards qualitativos* no exercício de atividades com perigo em potencial e a adoção, em face do criador de risco, de uma lógica da inversão do ônus da prova – em termos de direito civil e administrativo, mas que cremos não aplicável no âmbito penal. Além da necessária aplicação da cautela e até mesmo da vigilância sobre determinados bens, em fase de estudo ou sobre os quais ainda não se tem a necessária certeza sobre a dimensão exata do seu valor.³⁰¹

3.1.3 Princípio da Função Social da Propriedade

Conforme Orlando Gomes a função social da propriedade conduziu a “privatização de determinadas faculdades”, além da “criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes, ao lado da organização de exercer certos direitos elementares ao domínio”.³⁰² Na espécie, tal função consiste no “reequilíbrio das situações jurídicas estruturantes do direito de propriedade, mediante a redução de direitos, privilégios, poderes e imunidades”, ao

³⁰⁰ SANTIAGO, op. cit., p. 159-60. Na mesma linha CAFFERATTA, Néstor. El principio de prevención en el derecho ambiental. Revista de Direito Ambiental, nº 0, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 42: “la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de la certidumbre de la ciencia. La precaución – por el contrario – enfrenta la otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos de en si mismos” Ver também: CAFFERATTA, Néstor. Princípio precautório en el derecho ambiental argentino e brasileiro. Revista de Direito Ambiental, nº 5, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

³⁰¹ MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 128-30.

³⁰² GOMES, Orlando. A função social da propriedade. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia. Coimbra, nº 2, p. 426, 1989. Vide MAGALHÃES, Maria Luisa Faro. Função social da propriedade e meio-ambiente – princípios reciclados. In: *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 147-51.

mesmo tempo em que gera o “aumento dos deveres, incapacidade e responsabilidade para o proprietário de determinado bem”. No caso do patrimônio cultural, deve-se promover uma equilibrada “harmonização entre o exercício do poder do proprietário com o interesse da sociedade”.³⁰³

Com efeito, as questões em torno do direito de propriedade, da preservação do meio ambiente e dos bens culturais são tão caras em nosso sistema, a ponto de terem sido gravadas na lei maior. Nesta é expressada a preocupação com os direitos sociais, individuais e fundamentais, com as suas garantias e os deveres, além de uma série de obrigações gerais e direitos daí decorrentes, gerando vários desmembramentos.³⁰⁴

Figura entre os objetivos da nossa República a construção de uma sociedade livre justa e solidária, com o desenvolvimento e a redução de desigualdades, a promoção do bem de todos, a cidadania e a dignidade. Além da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.³⁰⁵

Nesse compasso, a política urbana tem como objeto ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CF).³⁰⁶ Enquanto que a rural tem por escopo

O

³⁰³ TOMASEVICIUS FILHO, op. cit., p. 213-4 e 237. Ver DELGADO, José Augusto. Direito de propriedade e proteção do meio ambiente; In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, op. cit., p. 279-294. e BENJAMIN, Antônio Herman. Reserva legal, áreas de preservação permanente e controle ambiental da propriedade. In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, op. cit., p. 295-303.

³⁰⁴ FLACH, Michael Schneider. A intervenção estatal no direito de propriedade e a salvaguarda dos bens culturais. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, ano V, nº 18, jun. 2018, p. 138.

³⁰⁵ Preâmbulo, artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988. Ver LEAL, Rogério Gesta. A proteção dos bens comuns enquanto problema jurídico e político. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 68, jan.-abr. 2011, p. 205-28; LIMA, Vinicius de Melo. O direito fundamental à cidade sustentável e a atuação do ministério público: estudo de caso. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 68, jan.-abr. 2011, p. 33-58; e WALCACER, Fernando Cavalcanti. Meio-ambiente urbano no Brasil. In: *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, op. cit., p. 144-6.

³⁰⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes [...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública [...]

aproveitamento racional e adequado da terra, em benefício de proprietários, de trabalhadores e com a devida preservação ambiental (art. 186 da CF).³⁰⁷

De tal modo que a “proteção da propriedade não se vincula mais ao individualismo, mas a maximização dos benefícios do direito da propriedade para toda a coletividade”, dentro de uma sociedade livre, justa e democrática, agregada uma moderna concepção “de direito à liberdade de ações e limites da própria liberdade, harmonicamente protegendo ambos os institutos”.³⁰⁸

A propriedade privada de bens culturais materiais foi configurada pelo legislador de uma forma especial, caracterizada pela sua subordinação a um regime publicista, “por força do qual são comprimidas algumas faculdades que caracterizam o conteúdo normal do direito de propriedade”, em especial o gozo e a disposição. Assim, a propriedade estará sujeita a um conjunto de restrições de utilidade pública, cuja limitação atinge principalmente a utilização e disposição de tais bens, o que vai justificado “pelo interesse público de salvaguarda e valorização do ‘valor cultural’ que elas encerram”.³⁰⁹

Devemos observar que “amplitude dos direitos dos proprietários deve ser limitada sempre que seu exercício colocar em risco o patrimônio” cultural. De tal modo que por conta da sua função social a propriedade apresenta-se “sujeita a limitação externa ao seu conteúdo regular – usar, fruir e dispor; plenamente – e sem qualquer alteração intrínseca”.³¹⁰

Aqui o princípio da função socioambiental da propriedade deve ser visto de forma sistêmica e a conciliar interesses privados com os sociais, de modo a garantir

³⁰⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁰⁸ LOMBARDI, op. cit., p. 91, acrescentando que: “Ainda que se afirmem, mesmo em tempos atuais, os conceitos de usar, gozar, dispor e reivindicar da mesma maneira secular, deve-se tentar entender a propriedade como um complexo de tensões de direitos e deveres, contrapostos, em que se busca o equilíbrio entre os proprietários e os não proprietários na sua utilização no contexto social, no ambiente urbano, nas cidades”.

³⁰⁹ CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriação e servidões administrativas. In: *Direito do patrimônio cultural*, MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de (Org.), Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 401.

³¹⁰ FLORES FILHOS, Edgar Gastón Jacobs. Direito e cultura: um novo regime jurídico para os bens culturais imóveis em centros históricos. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Org.), Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 43.

que o uso da propriedade seja socialmente adequado e útil, dirigido ao bem comum diante de aspectos de utilidade e riqueza. O que obriga o proprietário a utilizá-la de “forma compatível com os princípios reitores do sistema normativo, pois a propriedade não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento que deve cumprir sua função social no atingimento do bem-estar geral”.³¹¹

A Lei nº 31/2014 de Portugal, que trata da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, prevê no seu art. 4º, que o direito de propriedade privada e os demais direitos inerentes ao solo deverão serem “ponderados e conformados no quadro das relações jurídicas de ordenamento do território e de urbanismo, com princípios e valores constitucionais protegidos”, em especial, no tocante ao meio ambiente, à cultura, ao patrimônio cultural e à paisagem, bem como em diante da saúde pública, educação, habitação, qualidade de vida e desenvolvimento econômico e social.

Da mesma forma, o art. 33.2 da Constituição espanhola³¹² reconhece o direito de propriedade, mas grifa que a função social de tal direito delimitará o seu conteúdo, na forma da lei, estando sujeito a expropriação por utilidade pública ou interesse social. De onde, o direito de propriedade não pode ser considerado um obstáculo às possíveis transformações da sociedade, fazendo com que a sua função social seja uma parte integrante do próprio direito e as intervenções estatais estejam autorizadas, bem como a proteção penal dos bens culturais independa da vontade do proprietário e da coisa ser pública ou privada.³¹³

Nesta linha, o art. 42 da Constituição da Itália preceitua que a “propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intuito de assegurar a sua função social e de

³¹¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Tombamento de imóveis urbanos e indenização: estudos das tendências contemporâneas a partir da jurisprudência. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 188.

³¹² Artículo 33.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.
Constitución Española, Disponible em <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acessado em 23 abr. 2022.

³¹³ RENART GARCÍA, op. cit., p. 156-7. LUGOS Y GUILLÉN, op. cit., p. 3, cita que também a Constituição de Weimar, no seu artigo 153, prescreve que “Propiedad obliga. Su utilización debe estar simultáneamente al servicio del bien común”.

torná-la acessível a todos”, estando sujeita nos casos previstos em lei a expropriação indenizada por motivos de interesse geral.³¹⁴

Assim, a tutela dos bens culturais impõe limites à propriedade privada, criando uma forma de pertencimento do objeto protegido à coletividade social, reforçando a sua utilidade cultural, em face daquela econômica por parte do proprietário, o qual se torna sujeito às forças do interesse cultural. A partir do que, é possível a intervenção pública, a depender do grau de importância do bem e das condições físico-ambientais em que se encontra, como caso venha a se deparar diante de imprescindíveis exigências de conservação e situações de perigo.³¹⁵

Por sua vez, no Brasil temos no meio ambiente equilibrado um direito de todos e um bem de uso comum, essencial à vida das pessoas (art. 225); assim como o patrimônio cultural, cuja importância, promoção e defesa são uma obrigação dos poderes públicos e da sociedade (art. 216), como forma de preservá-los para as gerações atuais e futuras.

Com efeito, o direito de propriedade consagrado na Constituição tem a sua expressão mais clássica no Código Civil do Brasil, a partir do art. 1228,³¹⁶ sendo assegurado ao proprietário o direito de uso, gozo e disposição da coisa, e de reavê-la em sendo o caso. Ainda assim, a fruição deste direito encontra limites, devendo ser exercido conforme o seu fim econômico e social, e com a preservação do meio

³¹⁴ Art. 42

A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades ou particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intuito de assegurar a sua função social e de torná-la acessível a todos.

A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral.

A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária e os direitos do Estado sobre as heranças.

Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/OST_PORTOGHESE.pdf. Acessado em: 08 jul. 2022.

³¹⁵ FERRI, op. cit., p. 135-9, citando ainda a incidência do “direito de preferência”.

³¹⁶ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. [...]

ambiente e do patrimônio cultural; bem como figurando por expresso vedações, formas e motivos da privação do bem.

Esta tensão entre o meio ambiente, o patrimônio cultural, o ordenamento urbano e o direito de propriedade (pública ou privada) é permanente, necessitando de forma perene de uma harmonização plena, o que é visível na carta constitucional quando no seu art. 170³¹⁷ trata da dos princípios gerais da atividade econômica, bem como no art. 2º da Lei nº 10.257/2001³¹⁸ (Estatuto das Cidades).

Para além disso, podemos também visualizar tais restrições nos casos de algumas obrigatoriedades impostas pelo sistema, como a necessidade de prévio estudo de impacto ambiental, dos zoneamentos (ambiental, industrial e cultural), dos regramentos em torno do parcelamento do solo urbano e de várias restrições em termos de meio ambiente, urbanismo e patrimônio cultural.

Nesse contexto, o direito de propriedade “suporta hoje todo um conjunto de limites necessários à sua compatibilização com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”, como no caso dos limites decorrentes dos planos diretores municipais. Na hipótese do patrimônio cultural, a “ordem jurídica aponta

³¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; [...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

³¹⁸ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; (h) a exposição da população a riscos de desastres.

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; [...]

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

claramente no sentido de primazia da fruição cultural sobre as utilizadas econômicas-patrimoniais, prevendo inclusive a possibilidade de expropriação” indenizada.³¹⁹

Ocorre que o direito de propriedade não é e não pode ser absoluto, tendo passado por modificações ao longo da história da humanidade, e que varia especialmente por conta de razões políticas, sociais, econômicas, culturais e ambientais. No que se inclui tanto a função social da propriedade, como o resguardo do patrimônio cultural, de tal forma que o “interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social na preservação do bem cultural”.³²⁰

Em razão do que, daí decorre que frente a determinadas situações o direito de propriedade cede por completo, ou sofre certas restrições, seja em favor da proteção de interesses maiores e coletivos, ou para coibir abusos,³²¹ especulação e

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 16, nº 63, jul.-set. 1995, p. 16-7. Acrescenta ainda: “Como afirma Victor Hugo, ‘há duas coisas num edifício, o seu uso e a sua beleza. O seu uso pertence ao proprietário, a sua beleza a todo o mundo. Por isso aquele não tem direito a sua destruição’. Nesta linha de pensamento, não se compreenderia, por exemplo, que o proprietário de uma casa do século XV pudesse demoli-la livremente sem atender ao seu valor histórico, cultural ou artístico. Trata-se aqui de um caso extremo em que o interesse público na protecção do bem património cultural justificaria uma restrição ao direito de propriedade”. Sobre a dita colisão CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 125, nº 3815 a nº 3823, 1992-3, p. 35 e ss. explica que a “solução de colisão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos tem de partir da seguinte consideração básica: os limites aos direitos fundamentais exigidos pela protecção de outros bens devem ter em conta (1) se se trata de bens constitucionalmente protegidos; (2) se o bem constitucionalmente protegido é ‘adequado’ para desempenhar uma função de limite perante determinados direitos. Independente das numerosas situações que aqui se poderiam configurar, a solução dos conflitos nunca pode perder de vista a *relação de reciprocidade* entre o direito e a restrição. Uma restrição a um direito fundamental justificar-se-ia apenas e enquanto ela for exigida pela ordenação de bens jurídicos constitucionalmente garantidos. A relação entre o direito fundamental e o bem (defendido pela lei restritiva) constitucional não é uma relação unidireccional: os limites da lei pela defesa de um bem devem ler-se no contexto e teleologia do próprio direito fundamental restringido”, (p. 295). E quanto à ponderação ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994, p. 55-66.

³²⁰ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 9104018710, RS, Rel. Des. Vladimir Passos de Freitas, j. 12/11/1992. DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BEM TOMBADO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR NO ENTORNO. CF, art. 5º, inciso XXII E XXIII. Decreto-Lei 25/37, artigo 18 e Lei 3924/61, artigo 1º e 2º. A construção Irregular, em área próxima do bem tombado em razão das suas características históricas e arquitetônicas, justifica a decisão judicial de destruição [...]

³²¹ AÇÃO DEMOLITÓRIA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO DE OLINDA. REFORMA DE IMÓVEL RESIDENCIAL SEM LICENÇA URBANÍSTICA E EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS LEGAIS. ARTS. 187, 1.228, § 1º, 1.299 E 1.312 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSUIDORA DIRETA E RESPONSÁVEL PELO ACRÉSCIMO AO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 934, III, DO CPC. PERICULUM IN MORA REVERSO. UNESCO. CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

um uso não nobre. Já que a sua utilização deve ser racional, adequada e realizadora de sua função social.

A forma mais usual de intervenção do Estado na propriedade e para salvaguarda do patrimônio cultural tem-se revelado por meio de atos

MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL. 1. Inexiste direito de construir absoluto, na exata medida das limitações urbanístico-ambientais e da tutela dos vizinhos incidentes sobre o próprio direito de propriedade, que lhe dá origem e serve de suporte (art. 1.228, § 1º, do Código Civil). Embora caiba ao proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouverem, ficam ressalvados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299 do Código Civil). Tal preceito se harmoniza com o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) e com o espírito da nova codificação civil, que considera ato ilícito o exercício de direito quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil). 2. A pretensão para o ajuizamento de Ação Demolitória surge a partir da conclusão de obra em desconformidade com as vedações legais. Antes disso, a ordem jurídica confere ao prejudicado a possibilidade de propor Ação de Nunciação de Obra Nova. 3. Apesar de o art. 1.299 do Código Civil referir-se apenas à figura do proprietário, o art. 1.312 prescreve que “Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos”. O dispositivo destina-se a quem descumprir obrigação de não fazer construção que ofenda comandos legais ou administrativos, assim como as normas de postura, seja na condição de possuidor, seja na de proprietário, seja na de simples detentor ocasional do imóvel. 4. São legitimados passivos da Ação Demolitória o possuidor, o dono da obra e quem dela se beneficia diretamente, mesmo que não ostentem título de proprietário, o que se confirma pelo recurso à analogia com as normas que disciplinam a Ação de Nunciação de Obra Nova. Ao prever esse procedimento especial, o Código de Processo Civil, em seu art. 934, III, atribui legitimidade ao Município para ajuizar demanda contra o particular - e não somente contra a pessoa do proprietário - que construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. Descabido, pois, falar em legitimidade exclusiva do proprietário. TOMBAMENTO 5. Por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado não protege - nem deve proteger ou muito menos exaltar - apenas estética refinada, arquitetura suntuosa, produção artística luxuosa, templos esplendorosos, obras grandiosas dedicadas ao ócio, ou sítios comemorativos de façanhas heroicas dos que instigaram ou lutaram em guerras, com elas ganharam fama ou enriqueceram. Além de reis, senhores e ditadores, a História vem contada também pelos feitos, revoltas e sofrimentos dos trabalhadores, dos pobres, dos estigmatizados e dos artífices mais humildes da Paz. Para que deles, do seu exemplo, coragem e adversidade nunca se olvidem as gerações futuras, fazem jus igualmente à preservação seus monumentos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade - do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração. 6. Tal qual quando socorre as promessas do futuro, o ordenamento jurídico brasileiro a ninguém atribui, mais ainda para satisfazer interesse individual ou econômico imediatista, o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não. 7. Cabe ao Poder Judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na legislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir. 8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido.” (Recurso Especial Resp nº 1293608/PE, nº 2011/0101319-3, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 04/12/2012, publicado REPDJe 24/09/2014).

administrativos.³²² Os quais são empregues para a consecução dos objetivos de tutela previstos no art. 216, §1º, da Constituição, nas figuras de tombamento, desapropriação, inventário, registro, arrolamento e outras formas de acautelamento desempenhadas pelo Poder Público.

Temos então um exercício do poder regulatório do Estado, que se estendem apenas sobre os bens de sua titularidade, mas também alcança edificações, obras, coleções, documentos, áreas verdes, reservas, montanhas e outros, os quais, ainda que de propriedade privada, integram o acervo do chamado patrimônio culturale natural de uma nação, revestindo-se estes bens como de interesse coletivo e, portanto, passível da intervenção estatal.³²³

Portanto, tal conjunto de cominações faz com que o proprietário de um determinado bem cultural, por exemplo, o de um prédio tombado, está sujeito tanto a obrigações de viés negativo (como proibição de modificar, de edificar e de demolir) quanto a condutas positivas para a salvaguarda do objeto (como conservação, restauro e manutenção da sua originalidade).

Por fim, apesar de sua estrutura diferente, podemos ainda verificar a incidência de tal princípio na decisão de 1999 do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional da Alemanha, sobre a proteção de monumentos, na qual o proprietário de um edifício classificado como de interesse cultural solicita a sua demolição, tendo em vista os custos com a sua conservação e as limitações do seu uso apenas residencial. O pedido foi negado invocando norma do regime jurídico do patrimônio cultural, a qual admitia que apenas um relevante interesse público – e não privado como o do proprietário – prevalecesse sobre o interesse na proteção do patrimônio cultural, ainda que represente restrições ao direito de propriedade.³²⁴

³²² MEIRELLES, Hely Lopes, “Direito Administrativo”, São Paulo: Malheiros, 1994, 19ª ed., p. 133 et seq., leciona que o ato administrativo “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio”, sendo os seus requisitos a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto; além de dotado dos atributos de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, nas suas várias classificações.

³²³ MEIRELLES, op. cit., p. 463. Neste particular, interessante as observações da Carta de Veneza sobre a conservação e o uso de monumentos: Art. 5º - A conservação dos monumentos é sempre facilitada pela sua utilização para fins sociais úteis. Esta utilização, embora desejável, não deve alterar a disposição ou a decoração dos edifícios. É apenas dentro destes limites que as modificações que seja necessário efetuar poderão ser admitidas.

³²⁴ BRITO, Miguel Nogueira. Propriedade de bens culturais e restrições de utilidade pública. In: Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural, op. cit., p. 126-7. Ainda assim, o Tribunal considerou que “nos casos em que excepcionalmente a aplicação da lei constituir um fardo desrazoável para o

3.1.4 Princípio da Preservação no Próprio Sítio e da Proteção do Entorno

O bem cultural material e edificado é inseparável e deve ser intransferível do seu local de origem, no qual sempre repousou. Ali está gravada toda a sua existência, do nascedouro a plenitude do seu desenvolvimento e reconhecimento como objeto de valor.

Atento a tal postulado o art. 7º da Carta de Veneza cominou que o “monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que se situa”. De modo que a remoção parcial ou total não deve ser permitida, salvo “quando tal seja exigido para a conservação desse monumento ou por razões de grande interesse nacional ou internacional”.

Já a importância da conservação do entorno é verificável, por exemplo, na Carta de Washington, de 1987, do ICOMOS, no item 9, ao estabelecer o “melhoramento do ‘habitat’ deve constituir um dos objetivos fundamentais da salvaguarda.”

A transferência de um objeto do seu local original deve ser sempre evitada e repelida, sob pena de perda de importantes aspectos da sua essência e história, com risco de descaracterização e demais influências negativas, as quais podem abalá-lo de tal forma, a ponto de quicá representar a redução ou possibilidade de sua característica especial de bem cultural.

Ainda assim, a única exceção que podemos contemplar e admitir, é quando esta remoção seja necessária, como forma única ou primordial para a sua salvaguarda, garantindo a sua continuidade existencial e preservação,³²⁵ como no caso de grandiosas e imperativas obras de engenharia, a exemplo das que ocorrem quando determinada área é inundada por uma usina hidrelétrica.

Por sua vez, a proteção do entorno também deve ser tutelada, pois a “conservação de um monumento implica a manutenção de um espaço envolvente

proprietário, poderão ser consideradas regras de compensação para salvaguardar a proporcionalidade e reintroduzir o equilíbrio em caso de sacrifícios especiais contrários à igualdade”. O autor cita ainda a decisão do Tribunal de 1956, segundo a qual a “propriedade obriga” e o “seu uso deve também servir ao bem comum”.

³²⁵ Carta de Veneza: Art. 8 - Os elementos de escultura, pintura ou decoração que façam parte integrante de um monumento apenas poderão ser removidos se essa for a única forma de garantir a sua preservação.

devidamente proporcionado” e conservado,³²⁶ não se permitindo alterações que venham a deteriorá-lo ou de alguma forma conflitar com a sua harmonia original.

Em termos nacionais a conservação do próprio sítio e a proteção do entorno estão contempladas nos artigos 14³²⁷ e 18³²⁸ do Decreto-lei nº 25/1937, quando impede a construção na vizinhança de imóvel tombado que venha a impedir ou reduzir a visibilidade. Assim como na Lei nº 6.515/1977, que trata sobre as áreas especiais e os locais de interesse turístico, como os de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico, ao prever os *entornos de proteção* e de *ambientação*,³²⁹ e sancionar com demolição e demais implicações legais³³⁰ as obras que venham a interferir nestes entornos.

Na Espanha o art. 18³³¹ da Lei nº 16/1985 estabelece que o imóvel declarado bem de interesse cultural é inseparável do seu entorno, não podendo se proceder o

³²⁶ Carta de Veneza: Art. 6 - A conservação de um monumento implica a manutenção de um espaço envolvente devidamente proporcionado. Sempre que o espaço envolvente tradicional subsista, deve ser conservado, não devendo ser permitidas quaisquer novas construções, demolições ou modificações que possam alterar as relações volumétricas e cromáticas.

³²⁷ Em termos de bens móveis a norma contempla de alguma forma tal princípio, quando trata da movibilidade fora do território nacional, ao cominar:

Art. 14. A coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

³²⁸ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

³²⁹ Art. 4º - Locais de Interesse Turístico são trechos do território nacional, compreendidos ou não em Áreas Especiais, destinados por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas, e à realização de projetos específicos, e que compreendam:

I - bens não sujeitos a regime específico de proteção;

II - os respectivos entornos de proteção e ambientação.

§ 1º - Entorno de proteção é o espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e à sua conservação, manutenção e valorização.

§ 2º - Entorno de ambientação é o espaço físico necessário à harmonização do local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situa.

³³⁰ Art. 24 - Além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às seguintes penalidades:

I - multa de valor equivalente a até Cr\$ 782.739,15 (setecentos e oitenta e dois mil, setecentos e trinta e nove cruzeiros e quinze centavos);

II - interdição de atividade ou de utilização incompatível com os usos permissíveis das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico;

III - embargo de obra;

IV - obrigação de reparar os danos que houver causado; restaurar que houver danificado, reconstituir que houver alterado ou desfigurado;

V - demolição de construção ou remoção de objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico.

³³¹ Artículo 18. Un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de

seu deslocamento e remoção, salvo se for imprescindível, ou ainda por motivo de força maior ou de interesse social. O seu art. 19³³² impede a realização de obra interior ou exterior que afete diretamente ao imóvel ou qualquer uma de suas partes, sem autorização expressa das autoridades competentes. Pelo art. 20³³³ desta a partir da declaração de um sítio histórico ou similar como de interesse cultural, o município deve formatar um plano especial de proteção da área afetada, com o devido planejamento urbano. E conforme o seu art. 21³³⁴ devem ser mantidas os conjuntos protegidos com as características gerais do seu ambiente, e excepcionalmente podem ser permitidas remodelações urbanas, apenas no caso de implicar uma melhora e impedir a degradação do conjunto.

Verifica-se, pois, que a norma espanhola adotou em larga escala, tanto o princípio da preservação no próprio sítio, como o da proteção do seu entorno. Serve-se ela claramente de inspiração na Carta de Veneza, porém, vai mais além na imobilidade do bem edificado, quando permite por exceção a sua transferência nas hipóteses de *força maior*.

fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 9, párrafo 2 de esta Ley.

³³² Artículo 19. 1. En los monumentos declarados bienes de interés cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración. [...]

³³³ Artículo 20. 1. La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el municipio o municipios en que se encontraren de redactar un Plan especial de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general. [...]

³³⁴ Artículo 21. 1. En los instrumentos de planeamiento relativos a conjuntos históricos se realizará la catalogación, según lo dispuesto en la legislación urbanística, de los elementos unitarios que conforman el conjunto, tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o interiores, u otras estructuras significativas, así como de los componentes naturales que lo acompañan, definiendo los tipos de intervención posible. A los elementos singulares se les dispensará una protección integral. Para el resto de los elementos se fijará, en cada caso, un nivel adecuado de protección.

2. Excepcionalmente, el Plan de protección de un conjunto histórico podrá permitir remodelaciones urbanas, pero solo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio conjunto.

3. La conservación de los conjuntos históricos declarados bienes de interés cultural comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y sólo podrán realizarse en la medida en que contribuya a la conservación general de carácter del conjunto. En todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanas existentes.

Ainda, a norma espanhola autoriza a mudança no caso de *interesse social*, e que poderia ocorrer no caso da área de repouso do objeto cultural passar por uma transformação urbanística tão intensa, que o local acabou por perder o seu sentido de outrora e a sua natureza original, sendo do interesse coletivo que o bem seja levado para lugar mais adequado à sua gênese e significado, permitindo um desfrute preservação ampla.

Dentro da nossa realidade local poderíamos dar como exemplo o caso do traslado do monumento do laçador na cidade de Porto Alegre/RS, por conta de obras viárias, tendo se optado pela mudança, em virtude da complexidade do contorno espacial e de engenharia, mas para local próximo e com melhorias, passando a chamar-se o espaço de “Sítio do Laçador”.

3.1.5 Princípio do Uso Compatível com a Natureza do Bem

Este princípio tem aplicação plena para os bens imóveis, sendo uma decorrência que, primeiramente, o objeto tenha um uso efetivo, o que é fundamental para a sua manutenção e longevidade, e, segundo, que esta utilização seja na maior medida do possível compatível com as naturezas essenciais e estruturais do bem, permitindo a sua conservação e o desfrute mais amplo possível, em âmbito público ou privado.

Um bom exemplo verificamos no Decreto Legislativo nº 22/2004, da Itália (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), que ao tratar da proteção, da conservação e das intervenções proibidas nos bens culturais, determina no seu art. 20³³⁵ que tal patrimônio não pode ser destruído, danificado, nem receber um uso não compatível com as suas características históricas e artísticas, de tal modo que possa gerar algum tipo de prejuízo à sua própria conservação.

O princípio também possui exposição clara no art. 5º da Carta de Veneza, ao estabelecer que a “conservação dos monumentos é sempre facilitada pela sua utilização para fins sociais úteis”. Sendo este uso sempre desejável, desde que não venha a “alterar a disposição ou a decoração dos edifícios” e observando-se que

³³⁵ Articolo 20. Interventi vietati

1. I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione.

“apenas dentro destes limites” as modificações necessárias “poderão ser admitidas”. Ainda, os seus artigos 3º e 4º expressam que a “conservação e o restauro dos monumentos têm como objetivo salvaguardar tanto a obra de arte como as respectivas evidências históricas”, sendo “essencial que estes sejam sujeitos a operações regulares de manutenção.”³³⁶

Na mesma linha temos a Carta Internacional de Washington para a Salvaguarda das Cidades Históricas, editada em 1987 pelo ICOMOS (Conselho Internacional de Monumentos e Sítios), ao prever no item 8 que as “funções novas e as redes de infraestruturas exigidas pela vida contemporânea devem ser adaptadas às especificidades das cidades históricas”. E que a adaptação de tais áreas ao modo de “vida contemporânea requer uma cuidadosa instalação ou melhoria dos serviços públicos”.³³⁷

Adverte Choay que a “reutilização que consiste em reintegrar um edifício desativado a um uso normal” constitui-se a “forma mais paradoxal, audaciosa e difícil da valorização do patrimônio”. Assim, teremos de equacionar o risco e o temido desuso, com o potencial desgaste e usurpação pelo uso inadequado. De tal modo que “dar-lhe uma nova destinação é operação difícil e complexa, que não deve se basear apenas em uma homologia com a sua destinação original”. Destarte, o primordial é “levar em conta o estado material do edifício, o que requer uma avaliação do fluxo dos usuários potenciais”³³⁸ e de diversos impactos.

Para termos um exemplo, imaginemos um belo sobrado do século XIX, tombado pelo seu valor estético, arquitetônico e histórico. Embora o desejado fosse a sua conservação em um espaço cultural, como museu, cinema, atelier de arte ou casa de cultura, nem sempre será possível e, muitas vezes, as cidades já contemplam tais instalações em número suficiente. Contudo, temário seria o seu uso para nele instalar uma metalúrgica, oficina mecânica ou abatedouro. Por outro lado,

³³⁶ Carta de Veneza. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Conta%20de%20Veneza%201964.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

³³⁷ Princípios e objetivos. A salvaguarda das cidades e bairros históricos deve, para ser eficaz, fazer parte integrante de uma política coerente de desenvolvimento econômico e social, e ser considerada nos planos de ordenamento e de urbanismo a todos os níveis. Os valores a preservar são o caráter histórico da cidade e o conjunto de elementos materiais e espirituais que lhe determinam a imagem, em especial:
[...]. Disponível em :

<http://www.patrimoniocultural.gov.pt/media/uploads/cc/CARTAINTERNACIONALPARASALVAGUARDASCIDADESISTORICAS.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

³³⁸ CHOAY, op. cit., p. 219.

um restaurante, um escritório, consultório ou loja de roupa atenderia à finalidade de utilização e não seria um uso *incompatível-ofensivo* ao prédio.

Portanto, cremos serem estas as notas essenciais na interpretação e aplicação prática do princípio em comento: que o uso em regra prefere ao desuso. Que a utilização seja o máximo compatível com a natureza do bem, quanto mais próxima disto, melhor para a conservação do objeto. Que no caso de não incidir uma compatibilidade direta em relação à vocação predial, não deve haver incompatibilidade, de modo que necessariamente a nova destinação não poderá ser lesiva ao bem cultural, o qual deve ser protegido.

3.1.6 Princípio do Pro Monumento

Temos este princípio expresso na Convenção da Unesco, de Paris, em 1972, para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, quando no seu art. 12 define que o “fato de um bem do patrimônio cultural e natural não ter sido inscrito em qualquer das duas listas referidas” nesta convenção, não significa de modo algum que dito bem “não tenha um valor excepcional para fins diferentes dos resultantes da inscrição nas referidas listas.”

Tal princípio foi claramente incorporado no art. 216 da Constituição Federal, pois além de trazer um conceito indicativo e não terminativo de patrimônio cultural, ela reconhece que tais bens não são apenas os tombados, prevendo outros meios de proteção e, principalmente, determinando que eles podem ser reconhecidos e salvaguardados por “outras formas de acautelamento e preservação.”

Igualmente, a Lei nº 7.347/1985, quando previu a hipótese de o patrimônio cultural ser declarado e protegido por decisão judicial oriunda de ação civil pública. Ou a própria Constituição de 1988 no seu art. 216, §5º, ao decretar o tombamento automático de todos os sítios históricos dos antigos quilombos.

Também, a Lei nº 9.605/1998 quando no art. 62, II, não exige uma especial condição prévia de proteção por lei, ato administrativo ou decisão judicial, bastando o *status* de instalação científica (como no caso de museu), ou no art. 64, desde conhecida valia do solo ou do seu entorno como de teor cultural, ou no art. 65,

quando tutela o monumento urbano, independente de ostentar alguma proteção formal.

Logo, o reconhecimento e o valor cultural de um bem pode ser tanto administrativo, legislativo ou judicial, e não advindo apenas de uma ação ou de fato autodeclaratório. Aqui, o ato de *notabilidade* deve ser interpretado como o *selo de distinção* de um bem como de *valor cultural*. Contudo, não se confunde com este, e não é anterior a ele, sendo apenas a *certificação* e não a sua *certidão de nascimento* como patrimônio cultural, ou seja, ela é tão somente a sua apoteose e não a gênese.

3.1.7 Princípio da Participação Popular

Sabemos todos dos percalços e das dificuldades enfrentadas na proteção do patrimônio cultural e da desvantagem das ações isoladas. Entretanto, a força legal do Poder Público, unida às forças vivas e atuantes da sociedade, formam um indispensável conjunto capaz de desempenhar, de forma mais satisfatória e eficiente, as condutas adequadas e necessárias à salvaguarda e promoção dos bens culturais. De modo que estes possam resplandecer em todo o seu vigor exponencial, vindo em termos práticos a servirem e serem servidos pela humanidade, como de fato se destinam desde a essência da sua formação.

Esta participação popular torna-se ainda mais robusta a partir do momento que “se tem em conta a necessidade de se cumprir o desiderato de legitimidade democrática, no complexo espaço da cidade, em todo o ciclo da política da tutela pública patrimonial”.³³⁹ Trata-se de uma participação social, cultural e cidadã, tanto na eleição dos bens a serem tutelados, como na sua proteção e na orientação de políticas públicas.

O princípio participativo aparece nitidamente em nossa Constituição Federal, quando no art. 216, *caput* e §1º, aduz que os bens culturais são aqueles “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” e determina que a sua tutela não será executada apenas pelo Estado, mas que este “com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”.

³³⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural. O tombamento como principal instituto, 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 183.

Ainda, o princípio da *participação* coliga-se com o *pro monumento*, quando o art. 216, §1º da Carta Magna define que a “vigilância” é uma das formas de proteção do nosso patrimônio. Ora, nada mais popular que a vigília de uma comunidade, o olhar de um povo e o reconhecimento de um determinado grupo social sob um objeto, atribuindo-lhe expressão importante, valor determinado, identificação inerente, por questões históricas, culturais, estéticas, arquitetônicas, artísticas ou outras. E que, de alguma forma, dirigem uma distinção e certa adoração ao bem, de modo que naquele contexto ele é apreciado e valorado como cultural.

Na mesma linha o art. 215, § 1º quando determina que Estado deve proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, de modo a reconhecer a força da cultura popular e de nossos grupos sociais.

E o art. 216-A, *caput*, ao prever que o Sistema Nacional de Cultura será “organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa,” num processo de gestão e promoção das políticas públicas de cultura que será conjunto e permanente, pactuado entre os entes da Federação e a sociedade, observando a “democratização dos processos decisórios com participação e controle social”.

Igualmente, a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, que no seu art. 4º, V, “s”, prevê como instrumentos políticos e jurídicos a participação popular por meio de referendo e plebiscito, além do art. 43, II, que contempla como um mecanismo para “garantir a gestão democrática da cidade” a participação por via de “debates, audiências e consultas públicas”.

Esta participação também figura na ação popular, Lei nº 4.717/1965, em que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio” público, assim considerados “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”. E ainda na Lei nº 9.795/1999, a qual trata do plano de educação ambiental.

No campo internacional preconiza a Carta de Atenas, do Escritório Internacional dos Museus Sociedade das Nações, em 1931, que a conservação do patrimônio cultural da humanidade “interessa à comunidade dos Estados, guardião da civilização”, sendo que a melhor garantia para tal objetivo “vem do respeito e do

interesse dos próprios povos”, bem como pelo empenho do Poder Público e pela importância da educação na conscientização sobre os cuidados para com o patrimônio.³⁴⁰

Prosseguindo, é na Convenção de Paris, de 1972, que o princípio ora em análise mostra toda a sua força, quando pelos artigos 27 e 28 os Estados firmatários comprometem-se em “reforçar o respeito e o apego dos seus povos ao patrimônio cultural e natural”, além de “informar largamente o público das ameaças a que está sujeito tal patrimônio”, bem como “deverão tomar as medidas necessárias no sentido de dar a conhecer a importância dos bens que constituem o objecto de tal assistência e o papel desempenhado por esta”.³⁴¹

Da mesma forma, a Carta do Rio da ECO-92 prevê no seu princípio 10³⁴² que deve ser assegurada a participação de todos os cidadãos interessados, com acesso adequado às informações, inclusive “sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões”, o que deve ser facilitado e estimulado pelo poder público, sem prejuízo do acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive, no tocante à compensação e reparação de danos.

Tal princípio participativo não se esgota apenas na participação pública, mas desdobra-se também no direito à informação e no direito de acesso à justiça ambiental. A informação é crucial para o efetivo controle social das ações e omissões públicas e privadas que se configurem prejudicial ou sejam importantes para a preservação ambiental. Assim como o acesso à justiça mostra-se conectado

³⁴⁰ Carta de Atenas, Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201931.pdf>. Acessado em 21 set. 2020.

³⁴¹ Convenção de Paris, Unesco, Disponível em: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acessado em 21 set. 2020.

³⁴² Princípio 10

A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos.

Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/szzGBPjxPqnTsHsnMSxFWPL/?lang=pt>. Acessado em 18 set. 2022.

à fruição de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua eficácia enquanto um direito coletivo, com características fundamentais.³⁴³

Inclusive, o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais, na América Latina e no Caribe, sintetizado no Acordo de Escazú, de 2018,³⁴⁴ prevê que no seu artigo 8º que “Cada

³⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*, KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado (Org.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 386; e MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Acesso Participativo à Justiça em Matéria Ambiental e o Princípio da Proibição do Retrocesso, *Revista de Direito Ambiental*, vol. 94, abr.-jun. 2019, p. 21-2.

³⁴⁴ Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acessado em: 14 jan. 2021.

Artigo 8

Acesso à justiça em questões ambientais

1. Cada Parte garantirá o direito de acesso à justiça em questões ambientais de acordo com as garantias do devido processo.
2. Cada Parte assegurará, no âmbito de sua legislação nacional, o acesso a instâncias judiciais e administrativas para impugnar e recorrer, quanto ao mérito e procedimento:
 - a) qualquer decisão, ação ou omissão relacionada com o acesso à informação ambiental;
 - b) qualquer decisão, ação ou omissão relacionada com a participação pública em processos detomada de decisões ambientais; e
 - c) qualquer outra decisão, ação ou omissão que afete ou possa afetar de maneira adversa o meioambiente ou infringir normas jurídicas relacionadas ao meio ambiente.
3. Para garantir o direito de acesso à justiça em questões ambientais, cada Parte, considerando suas circunstâncias, contará com:
 - a) órgãos estatais competentes com acesso a conhecimentos especializados em matéria ambiental;
 - b) procedimentos efetivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciais e sem custos proibitivos;
 - c) legitimação ativa ampla em defesa do meio ambiente, em conformidade com a legislação nacional;
 - d) a possibilidade de dispor medidas cautelares e provisórias para, entre outros fins, prevenir, fazer cessar, mitigar ou recompor danos ao meio ambiente;
 - e) medidas para facilitar a produção da prova do dano ambiental, conforme o caso e se for aplicável, como a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova;
 - f) mecanismos de execução e de cumprimento oportunos das decisões judiciais e administrativas correspondentes; e
 - g) mecanismos de reparação, conforme o caso, tais como a restituição ao estado anterior ao dano, a restauração, a compensação ou a imposição de uma sanção econômica, a satisfação, as garantias de não repetição, a atenção às pessoas afetadas e os instrumentos financeiros para apoiar a reparação.
4. Para facilitar o acesso do público à justiça em questões ambientais, cada Parte estabelecerá:
 - a) medidas para reduzir ou eliminar as barreiras ao exercício do direito de acesso à justiça;
 - b) meios de divulgação do direito de acesso à justiça e os procedimentos para torná-lo efetivo;
 - c) mecanismos de sistematização e difusão das decisões judiciais e administrativas correspondentes; e
 - d) o uso da interpretação ou tradução de idiomas distintos dos oficiais quando for necessário para o exercício desse direito.
5. Para tornar efetivo o direito de acesso à justiça, cada Parte atenderá as necessidades das pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade mediante o estabelecimento de mecanismos de apoio, inclusive assistência técnica e jurídica gratuita, conforme o caso.
6. Cada Parte assegurará que as decisões judiciais e administrativas adotadas em questões ambientais, bem como sua fundamentação, sejam consignadas por escrito.

Parte garantirá o direito de acesso à justiça em questões ambientais de acordo com as garantias do devido processo” em qualquer instância administrativa ou judicial, seja sobre informação ambiental, participação popular ou outra relevante, com legitimação ativa ampla na defesa do meio ambiente.

3.1.8 Princípio da Proibição do Retrocesso

Um ponto inicial a ser considerado, é que a própria dignidade da pessoa humana não restará suficientemente respeitada e protegida se as pessoas forem atingidas por um tal nível de instabilidade “que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais”, jurídicas e legais. Aqui, a dignidade exige tanto uma proteção em face de atos de cunho retroativo, como também em face de medidas retrocessivas, o que poderia ocorrer como, por exemplo, na supressão do núcleo essencial ou de uma norma concretizadora de determinado direito social ou fundamental.³⁴⁵

Na espécie, o *princípio da proibição do retrocesso* não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, de modo que um determinado instrumento legislativo diretamente ligado ao mandamento constitucional, sempre que instituir, expressar ou se relacionar a determinado direito, “ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”³⁴⁶

Podemos dizer que a previsão constitucional conduz tal direito a uma categoria prestacional, e a partir da sua satisfação em nível legislativo, este direito transforma-se, nas palavras de Canotilho e Vital Moreira em “direito negativo, ou direito de defesa”, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”³⁴⁷

Ocorre que a proibição de retrocesso assume “feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do

7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solução de controvérsias em questões ambientais, quando cabível, tais como a mediação, a conciliação e outros mecanismos que permitam prevenir ou solucionar essas controvérsias.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 437-8.

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetivação das suas normas*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

³⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 131.

Estado de Direito”, enquanto proteção à segurança jurídica, como também ao princípio do Estado Social, como “garantia de manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados”. Além de uma “máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.”³⁴⁸

Tal significa que a partir da concretização de determinado direito e conquista social é vedado ao poder público retroagir mediante uma supressão ou mesmo relativização extrema que venha a afetar o núcleo essencial de determinado direito constitucionalmente assegurado. De tal modo que esta proibição atua propriamente como um *limite dos limites*, fazendo com que a medida restritiva ou supressiva de direitos goze de uma presunção relativa de inconstitucionalidade. O que a sujeita a um exame de proporcionalidade na sua dupla forma, em especial, pelo fato de que o Estado Democrático do Direito requer uma “proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana” e com a própria segurança jurídica.³⁴⁹

Temos então que os direitos fundamentais, sociais e prestacionais ao atingirem um determinado nível de concretização não podem mais retroceder. Os poderes públicos não podem eliminar e erradicar certas posições, não ao menossem compensações ou outras alternativas que mantenham um nível mínimo de salvaguarda sobre o núcleo essencial dessa categoria de direitos, sob pena de violarem o princípio da *proibição da evolução reacionária* ou de *retrocesso social*.

Conforme Canotilho, a efetiva realização de tais direitos em nível infraconstitucional eleva a sua condição prestacional enquanto direitos subjetivos, não mais estando sujeito a livre disponibilidade dos poderes públicos, o que impedia sua supressão e redução extrema sob pena de infração ao *princípio da proteção da confiança no Estado de Direito*, sendo, pois, inconstitucionais as medidas que venham a solapar prestações e posições já alcançadas.³⁵⁰

Ainda, é interessante citar que Luigi Ferajoli já observava que ao Estado de Direito *liberal* correspondia não piorar as condições de vida dos cidadãos e não atacar às suas garantias como condições naturais de sua existência. Já ao Estado de Direito *social* corresponde o dever de melhorar a qualidade de vida em

³⁴⁸ SARLET, op. cit., p. 454.

³⁴⁹ SARLET, op. cit., p. 456-461.

³⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 4ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 474-9.

sociedade, enquanto ações positivas, de pretensão a atingir determinadas condições de vida e de subsistência, e não retirá-las, como “a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral”,³⁵¹ ou na própria conservação e não danificação do patrimônio cultural.

Assim, cumpre ao Estado assegurar de forma eficiente “nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes” do seu corpo social.³⁵² Daí decorrem várias consequências.

Primeiro, que o postulado do Estado Democrático e Social de Direito impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, no tocante à “proteção da confiança e à manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas”. Segundo, o princípio da dignidade da pessoa humana exige prestações positivas para uma existência condigna e a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar. Terceiro, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF-BR) reclama a maior proteção possível e repele medidas de caráter retrocessivo.³⁵³

Assim, os órgãos estatais estão vinculados “não apenas às imposições constitucionais no âmbito de sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores”, o que alcança o legislador, a administração pública e os órgãos jurisdicionais. De tal modo que negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso seria admitir que o poder público, ainda que vinculado diretamente aos direitos fundamentais e às normas constitucionais, poderia agir ou se omitir em contradição com a Constituição,³⁵⁴ a qual jamais poderia ser sabotada.

O princípio da proibição de retrocesso está alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da máxima eficácia dos direitos ambientais e do dever de progressividade no tocante aos direitos sociais, culturais e

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, “Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal”, 2ª ed., Trad.: Juarez Tavares et al., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 795

³⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, nº 4, 1999, p. 32, anotando ainda que a “dignidade da pessoa humana é não apenas um princípio fundamental da Democracia, mas também um valor fundante das organizações sociais” que atuam com o Estado.

³⁵³ SARLET, op. cit., p. 450-1

³⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 451-2.

ambientais,³⁵⁵ formando uma barreira contra retrocessos, a erosão ou a perda de importantes conquistas já alcançadas. Afinal, “não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais”.³⁵⁶

Destarte, em termos práticos deve ser verificada “a ocorrência de ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ do núcleo essencial da proteção” do meio ambiente cultural, com o suprimento do seu mínimo existencial e a afetação do seu núcleo principal; o baixo grau de justificativa ou mesmo a “inexistência de fundamentação para as alterações legislativas”; e a análise da máxima da proporcionalidade como um todo, com os seus três vetores.³⁵⁷

Tal princípio tem aplicação no direito ambiental, no sentido de que não é possível a simples retirada das barreiras de proteção, tendo também plena aplicação em termos de patrimônio cultural, no tocante a não vulneração de índices mínimos de tutela já consagrados, na não erosão de direitos, na não desqualificação de bens culturais e no não aniquilamento por completo de níveis protetivos que tenham sido consagrados a determinado objeto reconhecido como patrimônio cultural.

Uma das primeiras consequências nesta seara seria a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 3.866/1941,³⁵⁸ ao prever o destombamento por interesse público. Os vícios e a não recepção pela nova ordem constitucional de 1988 de tal norma são múltiplas.

Primeiro, sancionado no período ditatorial da era Vargas, confere um poder ao Presidente da República que não está em consonância com as suas

³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Senado Federal. Brasília-DF. p. 135-140.

³⁵⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo. 6. p. 397.

³⁵⁷ BRITO, Felipe Pires M. Princípio da vedação ao retrocesso (socio) ambiental no sistema jurídico brasileiro: uma visão prospectiva e limitadora do ponto de não retorno. In: *Direito ambiental e cidades*, MADRUGA FILHO, Vital José Pessoa; MOURA, Giovanna de Britto Lyra (Org.), Editado por: Talden Farias Fernando Joaquim Ferreira e Maia Álvaro Sánchez Bravo, Punto Rojo Libros, Espanha, 2021, p. 501 e 507.

³⁵⁸ D. L. 3.866/1941 Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

competências instituídas pelo art. 84 da Constituição Federal de 1988. Segundo, autoriza o Presidente a cancelar o tombamento não apenas dos bens da União, mas também dos Estados e Municípios, invadindo seara que não lhe é própria e contrariando o art. 23 da CF-BR, III e IV, que confere autonomia para que estes entes federados protejam os bens culturais no âmbito dos seus poderes. Terceiro, conflita com o art. 216, §1º, da CF-BR, o qual comanda que o Poder Público “promoverá ou protegerá o patrimônio cultural”. Ou seja, todos os dispositivos que determinam a sua tutela e de forma alguma preveem a possibilidade da retirada dos níveis de proteção já conquistados, o que torna claramente inconstitucional o Decreto em comento.

Prosseguindo, temos uma colisão entre interesse público e o direito de caris fundamental ao patrimônio cultural preservado, sendo que este prevalece sobre aquele, além de aqui ser discutível o conceito do interesse público e ainda não podersob nenhum aspecto serem negligenciadas as etapas legais as quais devem seguir o mesmo procedimento do tombamento, com total publicidade e legalidade.

Na espécie, o retrocesso do destombamento colide ainda com a própria principiologia de tutela do patrimônio cultural. Nos referimos aos princípios da *concordância prática* e da *proporcionalidade*, pelos quais os valores colidentes devem ser sopesados, levando-se em conta a proteção e a valorização dos bens culturais e o direito fundamental à sua fruição. Também, o princípio da *tutela pública*, pela qual os órgãos do Estado devem estar orientados não apenas para a proteção, mas também para a conservação, a defesa e a valorização do patrimônio cultural.

Ainda, o princípio da *unidade do regime de proteção*, dirigido sobretudo ao legislador para que, em vez de medidas de enfraquecimento, estabeleça instrumentos de unidade e tutela dos bens culturais. E o princípio da *fruibilidade universal*, o qual assegura que os bens culturais sejam usufruídos, valorizados e conservados, criando-se as condições para tanto.³⁵⁹

Por fim, o princípio da participação popular, consagrado no próprio art. 216, §1º, da CF-BR, ao prever que o patrimônio cultural será protegido em conjunto com a sociedade, o que significa que um bem não pode ser destombado sem que tal processo seja antes submetido ao necessário debate e consulta à comunidade.

³⁵⁹ NABAIS, op. cit., p. 115-8, enumerando os seguintes dispositivos da Constituição de Portugal como contemplativos de tais princípios: artigos 73, nº 3; 78, nº 1; 165, nº 1, além da Lei 107/2001.

Com efeito, a concepção de interesse público também é rechaçada pelo fato de estarmos diante de um interesse coletivo, metaindividual e transgeracional. Assim, o destombamento “não pode ser invocado para justificar ações baseadas nos interesses das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela proteção do patrimônio cultural”, ou para interesses privados. De tal modo que “a mera alegação de interesse público é insuficiente para afrontar a força normativa constitucional que põe o patrimônio cultural em um patamar hierárquico superior”, fazendo com que a revogação do tombamento por qualquer dos entes federados “seria ofensiva aos mandamentos constitucionais que impõe (e não facultam) a tutela dos órgãos públicos”.³⁶⁰

Afinal, o “Estado não é titular de um direito específico, contudo, gestor de um interesse público indeclinável” e geral, ligados a “direitos públicos coletivos, exigíveis pelos cidadãos, no sentido de fazer o Estado, no âmbito da lei cumprir o seu poder-dever.”³⁶¹

Ocorre, que uma vez reconhecido o valor cultural de um bem este não se esvai, nem evapora pela passagem temporal, muito pelo contrário. Tal valia não se trata de elemento volátil, é, pois, permanente e perpetua-se através dos tempos. Não como se pode conceber, nem crer que determinado bem, como um importante casario do século XIX, por conta de um mero detalhe ou do inevitável transcorrer do tempo, sem a intervenção de causa externa significativa, venha a perder o seu

³⁶⁰ TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. *O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42dac78c17149caa#:~:text=Tal%20qual%20analisado%20anteriormente%2C%20o,cancelamento%20de%20tombamento%20%C3%A9%20constitucional.&text=%C3%89%20importante%20ressaltar%2C%20tamb%C3%A9m%20que,valor%20que%20antes%20fora%20atribu%C3%ADdo>. Acessado em: 25 dez. 2020. Acrescendo que: “Dessa forma, resta claro que apenas o desaparecimento do próprio interesse que motivou o tombamento, ou seja, o do valor que baseou a proteção do patrimônio cultural, a partir de certos critérios formais em materiais, além do princípio democrático, é apto para subsidiar o destombamento, pois, de outra forma, nem mesmo a alegação da existência de conflitos com outros interesses, ainda que igualmente públicos, ressalte-se conflitos normalmente apenas aparentes, constituem justificativa plausível para desconstituí-los do gravame”.

³⁶¹ CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009, p. 129. Ver MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 131; e SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84.

interesse público, coletivo e constitucional que leve a cancelar um tombamento³⁶² já registrado e consagrado.

Na espécie, para não violar, entre os outros, o princípio da proibição do retrocesso, admitimos duas hipóteses como legítimas e legais para o destombamento. Primeiro, o perecimento. Se o bem foi destruído por completo, não podendo mais ser recuperado, esvaiu-se o seu valor cultural, e ocorreu a própria perda do objeto, não havendo mais o que tutelar.

Segundo, o que chamaremos de “estado de necessidade coletivo inafastável”. Se em virtude da ação do homem, do tempo ou dos elementos da natureza o bem (em especial o imóvel) ficou comprometido de tal forma que não apenas o seu valor possa ser questionado, como a sua permanência impõe riscos para o interesse, a ordem e a segurança pública, de uma forma que as fontes de perigo não possam ser afastadas por meios comuns, ou por um restauro tradicional, que não seria possível, nem aconselhável, resta apenas em nome de interesses superiores retirar a proteção legal deste objeto e proceder a intervenção que se fizer necessária, para evitar um dano coletivo maior, agindo aqui por força deste estado de necessidade, de modo simétrico ao previsto no art. 24 do Código Penal. Fora de tais circunstâncias, haverá ilegalidade plena.

Por fim, também haveria violação ao princípio da proibição do retrocesso no caso de reforma ou de nova ordem constitucional restringir ou diminuir os atuais padrões estabelecidos na proteção do patrimônio cultural, como, por exemplo, a exclusão de crimes, a impossibilidade da adoção de outras formas protetivas como o inventário, ou mesmo implicações em sede de tombamento, como é o caso do Projeto de Lei 2.396/2020³⁶³ que propõe alterações e flexibilizações no instituto do tombamento, o qual se tornaria menos hígido.

³⁶² O mesmo podemos dizer em relação a um bem inventariado, sobre o qual deve ter uma causa significativa para o seu cancelamento e persistir um mínimo de proteção, como o arrolamento.

³⁶³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; OLIVEIRA, Giselle Ribeiro de; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; FLACH, Michael Schneider; CUREAU, Sandra. Comentários sobre o projeto de lei nº 2396- 2020: alterações injustificáveis no instituto do tombamento. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 89, jan.-jun. 2021, p. 306, anotam que: “O projeto de lei 2396 de 2020 propõe, em suma, as seguintes mudanças na norma vigente: (a) obrigatoriedade de motivação dos tombamentos; (b) necessidade de ocorrência de audiências públicas, no local objeto do tombamento, para informar seus habitantes, quando se tratar de conjuntos urbanos; (c) possibilidade de tombamento da fachada” do imóvel, com intervenções no restante de sua estrutura, para evitar o perecimento ou desmoronamento do bem tombado, ou a fim de preservar a vida humana e não humana; (d) possibilidade de exclusão da incidência de multa, em caso de o bem estar em mau estado de

3.1.9 Princípio da Graduabilidade

A graduabilidade trata dos diferentes estágios e mecanismos para a proteção do patrimônio cultural. Verificamos a sua incidência no art. 216, §1º, da CF-BR, quando relaciona que o nosso patrimônio será tutelado “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação” e outras formas. Em Portugal figura nos artigos. 15º e 16º da Lei nº 107/2001.

Tal princípio está relacionado ao grau de interesse público presente nos bens culturais e que estes não possui a mesma importância e valia, o que gera diferente de níveis de proteção. Tal escala de valor inclusive tem implicações de competência, em relação a qual ente público será o responsável pela classificação e conservação do bem, seja municipal, estadual, federal, ou mesmo como patrimônio universal da Unesco.

De modo que, indiretamente, é possível localizá-lo no art. 23, III, da Constituição Federal, o qual trata da competência comum dos entes públicos federados na tutela do patrimônio cultural. Também esta graduação repercute nos efeitos em relação aos direitos e aos deveres dos proprietários e detentores dos bens culturais, quanto às restrições ao uso e à fruição.

Um exemplo claro de como tal princípio de graduação revela-se no nosso sistema temos no tombamento que é a forma mais forte de proteção de um bem cultural, gerando mais obrigações e restrições, seguido pelo inventário e outros. Já na legislação portuguesa ele se revela pelos seus dois critérios: o de classificação e o de inventariação. Aquele, determinando se certo bem possui um inestimável valor cultural. Já este sob a forma de um levantamento sistemático, atualizado e exaustivo dos bens culturais, para a sua identificação.

conservação ou ruína. O novel projeto de lei apresenta respeitosa preocupação com a matéria. Contudo, qualquer alteração legislativa na área ou modificação do Decreto-Lei nº 25/1937 deve necessariamente receber uma leitura à luz da Constituição Federal de 1988, em especial do seu art. 216, e do sistema do patrimônio cultural brasileiro como um todo. Na medida em que o Constituinte erigiu o patrimônio cultural como bem jurídico dotado de feições fundamentais e inclusive cominando mandando de criminalização, para que ele tenha uma proteção mais eficaz. Ademais, sob o bem jurídico em pauta pende uma obrigação múltipla e comum. Ou seja, tanto o Poder Público, como a sociedade, têm o ônus inarredável de proteger e de promover o nosso patrimônio cultural, por meio de diversos instrumentos e de várias formas, seja por lei, ato administrativo ou decisão judicial”.

3.1.10 Princípio do Imperativo Público de Tutela

Este princípio impõe ao Estado o *poder e o dever* de agir em face da proteção do patrimônio cultural. Também, impõe às instituições públicas o dever de colaboração conjunta para a realização de tal objetivo. Ainda, impõe a prevalência do interesse público sobre o particular na tutela do patrimônio cultural, inclusive como interesse coletivo que prevalece sobre o individual. E, igualmente, impõe a indisponibilidade deste interesse público a ser resguardado. Enfim, são várias cominações de ordem pública, ou subprincípios do poder público, que formam aquilo que aqui chamamos de *princípio do imperativo público de tutela*.

O direito e a obrigação enquanto poder e dever surgem do art. 216, §1, da Constituição Federal, ao determinar que o Poder Público “promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”. Da mesma forma, no art. 78, da Constituição de Portugal, quando impõe a todos o direito de fruição e o “dever de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural”, assim como no art. 11 da Lei 107/2001.

Conforme Nabais esta tutela pública tem duas finalidades. Primeira, está orientada para a conservação e defesa, para a manutenção estática dos bens culturais no seu estado original e genuíno. Segundo, como promoção e valorização, a serviço de uma dinâmica preocupada com o enriquecimento e o engrandecimento dos bens culturais, inclusive, para que cada geração possa ter acesso a um acervo mais rico do que aquele usufruído pela geração anterior.³⁶⁴

O dever de colaboração conjunta significa que todas as instituições públicas devem desprender o máximo de esforços para cooperar umas com as outras. Mas não apenas isto, traduz-se no fato de que os órgãos públicos do mesmo modo devem se mover em direção aos organismos privados ou aceitar o convite destes na busca de parcerias que levem a maior tutela e promoção dos bens culturais, seja no âmbito interno, como, para ilustrar, com entidades religiosas, ou internacional com outros países.

Um exemplo podemos ter quando entidades federais, estaduais e municipais trabalham em conjunto para o tombamento de um determinado bem o qual, ainda que aparentemente seja de interesse local, revela valores que se projetam em nível

³⁶⁴ NABAIS, op. cit., 2010, p. 116.

maior, seja para o Estado ou o país, merecendo, pois, a tutela por estes entes. Trata-se aqui quase de uma relação simbiótica, na qual os operadores colaboram e atuam mutuamente para a consecução de um objetivo maior, de interesse e proveitocomum.

A supremacia do interesse público sobre o privado está consagrada como princípio geral do direito público, a partir do que os interesses da coletividade se colocam como superiores, devendo prevalecer sobre aqueles meramente privados, figurando inclusive como condição de estabilidade da ordem social. Tal figura aparece tanto em termos de patrimônio, como de meio ambiente cultural, na medida em que a conservação trata-se de um interesse coletivo amplo, e a própria preservação ambiental tornou-se uma condição primordial para a existência e para asadia qualidade de vida em sociedade.³⁶⁵

A indisponibilidade deste interesse público também é um imperativo, na medida em que o Poder Público não pode renunciar a tutela do patrimônio cultural e deve lançar mão de todos os meios à disposição para a sua defesa e promoção. Podemos verificar os seus fundamentos no art. 216, da CF-BR, quando expressa um conceito de patrimônio cultural e desde já comina os seus meios de proteção.

Aqui, ao tomar tal posição, o constituinte comanda ao Estado e ao legislador ordinário o dever irrenunciável de tutela de todo e qualquer objeto que possa ser enquadrável na tipologia de bem cultural, enumerando para os operadores uma série de mecanismos para a correta execução de tal mister, além de prever que outros meios poderão ser empregados, bem como de pronto determinando o tombamento dos documentos e sítios dos antigos quilombos.

Em termos de meio ambiente cultural podemos vislumbrá-lo no art. 225, da CF-BR, quando após reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, relaciona no seu parágrafo primeiro uma série de obrigações em face do Poder Público, as quais devem ser realizadas de forma irrenunciável, para assegurar a efetividade do direito em questão. E também, no art. 216, §1º, da CF-BR, quando determina que o Poder Público “promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”.

³⁶⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais de direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 2, abr.-jun. 1996, p. 341.

3.2 DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS APLICÁVEIS AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Conforme já referido, localizamos o patrimônio cultural como inserido no meio ambiente cultural e conectado ao urbanismo, em especial, no nosso objeto de estudo dirigido aos bens edificados. Diante do que, doravante serão analisados os princípios protetivos que tenham relação direta com os ambientais.

3.2.1 Princípio da Valorização e do Desenvolvimento Sustentável

Dentre os principais, e primeiro, fundamento da Lei nº 6.938/1981, é que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”, conforme art. 4º, I.

O objetivo desta norma é “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”.

Não bastasse, na Lei nº 6.803/1980, a qual dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, o seu art. 1º já prevê a necessidade de compatibilizar as atividades industriais com a proteção ambiental, dentro do respectivo esquema de zoneamento urbano.

Por sua vez, o legislador brasileiro acabou por encampar tal princípio, o qual reluz no art. 215 da Magna Carta, ao prever que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, o que se realizará via Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, tendo entre os seus objetivos a “defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro”.

Ao estabelecer no art. 216-A da Constituição brasileira o Sistema Nacional de Cultural, restou previsto que este tem por “objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais”, para tanto serão contemplados a diversidade das expressões culturais; o acesso aos bens e

serviços culturais; e o fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais, de forma integrada e cooperado entre os atores.

Da mesma forma, a Lei nº 12.343/2010, que institui o Plano Nacional de Cultura, quando no seu art. 1º, VIII, prevê a “valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável”, além da democratização das políticas culturais e a responsabilidade dos agentes públicos para tanto. E no art. 2º, VIII e IX, quando fala em “estimular a sustentabilidade socioambiental” e em “desenvolver a economia da cultura”, além de reconhecer, proteger, promover, valorizar e difundir o patrimônio cultural e estimular a cultura como um todo; bem como “incentivar modelos” e “realizar programas de desenvolvimento sustentável”, previstos no seu anexo, no capítulo IV, item 1.

Temos assim um alinhamento com os propósitos da Convenção de Paris, de 1972, que no seu art. 5º objetiva a adoção de uma política geral e integrada com o desenvolvimento de programas de planificação geral, contemplando estudos, pesquisas e centro voltados para a “identificação, proteção, conservação, valorização e restauro” do patrimônio cultural.³⁶⁶ Na mesma linha *ambiental-cultural* da Convenção de Estocolmo, quando afirma que os aspectos do “meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar” e gozo dos direitos humanos fundamentais.

Igualmente, de grande valia a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano (ECO-92), cuja Carta do Rio proclama que “para alcançar desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante

³⁶⁶ Art. 5º Com o fim de assegurar uma protecção e conservação tão eficazes e uma valorização tão ativa quanto possível do património cultural e natural situado no seu território e nas condições apropriadas a cada país, os Estados parte na presente Convenção esforçar-se-ão na medida do possível por:

- a) Adotar uma política geral que vise determinar uma função ao património cultural e natural na vida coletiva e integrar a protecção do referido património nos programas de planificação geral;
- b) Instituir no seu território, caso não existam, um ou mais serviços de protecção, conservação e valorização do património cultural e natural, com pessoal apropriado, e dispondo dos meios que lhe permitam cumprir as tarefas que lhe sejam atribuídas;
- c) Desenvolver os estudos e as pesquisas científicas e técnica e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitem a um Estado enfrentar os perigos que ameaçam o seu património cultural e natural;
- d) Tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, protecção, conservação, valorização e restauro do referido património; e
- e) Favorecer a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação nos domínios da protecção, conservação e valorização do património cultural e natural e encorajar a pesquisa científica neste domínio.

do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”.E que para atingir tal desenvolvimento sustentável e a melhor qualidade de vida coletiva, “os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo”, com políticas corretas.³⁶⁷

Também, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Paris, 2005) prevê no seu artigo 2º, item 6, que a diversidade cultural “constitui grande riqueza para os indivíduos e as sociedades”, bem como que a “proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural é condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras”.³⁶⁸

Podemos identificar tal princípio em outros documentos internacionais, como no Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum),³⁶⁹ na Convenção para a Cooperação na Proteção e Desenvolvimento Sustentável do Ambiente Marinho e Costeiro do Nordeste do Pacífico,³⁷⁰ nos sete princípios para o Desenvolvimento

³⁶⁷ HANDL, Günter. Declaración de la conferencia de las naciones unidas sobre El medio humano (declaración de estocolmo), de 1972, y declaración de río sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 1992. In: *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_s.pdf. Acesso em 24 set. 2020, comentando que: El derecho al desarrollo en el contexto ambiental. Tanto en Estocolmo como en Río, definir el carácter de la relación entre el medio ambiente y el desarrollo fue una de las tareas más delicadas de la conferencia respectiva. Los proyectos de textos de orientación ecológica propuestos inicialmente por los países occidentales industrializados no tuvieron buena acogida, y los países en desarrollo lograron reintegrar una perspectiva de desarrollo en las versiones finales de las dos declaraciones. Así, en la Declaración de Estocolmo, tras afirmar que “Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre” (primer párrafo del preámbulo), en el Principio 8 se atribuye de manera inequívoca el calificativo de indispensable al “desarrollo económico y social”. En el Principio 3 de Río, empleando términos normativos aún más enérgicos, se destaca que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Aunque los Estados Unidos se sumaron al consenso sobre la Declaración, en una intervención separada reiteraron su oposición al concepto del desarrollo como derecho. La condición jurídica internacional del “derecho al desarrollo” ha seguido siendo objeto de controversia, aunque después de la Conferencia de Río se ha manifestado un fuerte apoyo al concepto, entre otras cosas, mediante su reconocimiento en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en la Declaración del Milenio. En cualquier caso, no se puede negar que la formulación de Río ha tenido una fuerte resonancia en el discurso jurídico-político internacional y a menudo se invoca como contrapeso de los objetivos de conservación y protección del medio ambiente. En la actualidad, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental se consideran los “pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible” (Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo, párr. 5).

³⁶⁸ Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150224>. Acessado em 05 jun. 2022. ³⁶⁹ “O desenvolvimento sustentável procura satisfazer as necessidades e aspirações do presente sem comprometer a habilidade de satisfazer os do futuro”; *apud* LEHMEN, Alessandra. Governança Ambiental Global e Direito. Juruá: Curitiba, 2015, p. 78.

³⁷⁰ “Desenvolvimento Sustentável significa o processo de mudança progressiva na qualidade de vida dos seres humanos, que a coloca como o centro e sujeito primordial do desenvolvimento, através do crescimento econômico com igualdade social e a transformação de métodos de produção e padrões

Sustentável formulados pela Associação de Direito Internacional em Nova Délhi, no ano de 2002,³⁷¹ e no Relatório³⁷² da Reunião do Grupo de Especialistas para a Identificação de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável.

O seu conceito é de construção contínua, sendo que um grupo de *experts* reunidos em Windsor apontaram como seus elementos centrais: a consideração sobre as necessidades das atuais e futuras gerações; a conservação e o nãoexaurimento dos recursos renováveis e não renováveis; exigir que o acesso e o uso dos recursos naturais ocorra de maneira equilibrada e de acordo com as necessidades de todos os povos; e um trabalho integrado em torno das questões ambientais e do próprio desenvolvimento.³⁷³

Em termos práticos, basta ver que a intervenção que um proprietário realiza sobre um bem protegido não deve ser vista apenas como uma obra de conservação ordinária, “porquanto ela corresponde simultaneamente a um instrumento de conservação de um valor de civilização, que é dever de todos e não apenas do proprietário”.³⁷⁴ Assim como a intervenção por parte do poder público beneficiará

de consumo, e que é sustentada pelo equilíbrio ecológico e suporte vital da região. Este processo implica respeito pela diversidade étnica e cultural regional, nacional e local, e participação integral das pessoas na coexistência pacífica e em harmonia com a natureza, sem prejuízo da garantia da qualidade de vida das gerações futuras”; *apud* LEHMEN, op. cit., p. 80.

³⁷¹ “1. A responsabilidade dos Estados em garantir o uso sustentável dos recursos naturais. 2. O princípio da equidade e da erradicação da pobreza; 3. O princípio da precaução na abordagem da saúde humana, recursos naturais e ecossistemas. 4. O princípio da participação pública e acesso à informação e à justiça. 5. O princípio da boa governança. 6. O princípio das obrigações comuns porém diferenciadas; e 7. O princípio da integração e interrelacionamento, em particular com relação a direitos humanos e a objetivos sociais, econômicos e ambientais”; *apud* LEHMEN, op. cit., p. 83.

³⁷² A “interrelação e integração refletem a interdependência dos aspectos sociais, econômicos, ambientais e de direitos humanos da vida, que definem o desenvolvimento sustentável e podem levar ao desenvolvimento de regras gerais de Direito Internacional em que esses campos separados mantenham seu caráter distinto, mas estejam sujeitos a uma abordagem interconectada”; *apud* LEHMEN, op. cit., p. 83.

³⁷³ LEHMEN, op. cit., p. 89. Sobre gestão e salvaguarda ver: FARIA, José Santiago. Salvaguardo do património edificado – perspectivas de futuro. In: *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 49-57; DIAS, Pedro. Duas breves reflexões sobre a política de salvaguarda do património. *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 95-104; e CAMPOS, Bernardo; ALVES, Maria Luísa Ramalho. Instrumentos de apoio à gestão do património. *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 129-42. No tocante a desenvolvimento ambiental sustentável vide MARTÍNEZ, María Cristina Garros. Desarrollo sostenible y sustentable. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, nº 71, jul.-set. 2022, p. 88-93.

³⁷⁴ SILVA, Suzana Tavares, op. cit., 2002, p. 71. Ainda sobre a “Preservação do património cultural e ‘aproveitamentos compatíveis dos bens de valor cultural’”, ver p. 82-88, anota que a chave para o equilíbrio e a solução de problemas neste tópico “reside na procura de soluções flexíveis em matéria de valorização e fruição de bens culturais”, sendo que “os aproveitamentos possíveis de bens de valor cultural gira muitas vezes em torno da manutenção do seu uso originário, da necessidade de

tanto o particular titular sobre o domínio do objeto, como a coletividade em prol de quem também pende a fruição do bem cultural.

Na espécie, tem-se aqui a necessidade de se compatibilizar várias atividades simultâneas e de revelo, como as fontes produtivas e a sustentabilidade; os direitos de propriedade e a proteção do patrimônio edificado; a apropriação dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente; o desenvolvimento da indústria e do comércio, com o respeito ao urbanismo, meio ambiente e patrimônio cultural; de forma a equilibrar-se as grandezas em discussão e prevalecer os interesses coletivos, sob o aspecto multigeracional e sustentável.

É interessante observar que os bens culturais também são suscetíveis de realizar rendimento, devendo ser levadas em conta soluções que principalmente promovam a conservação e valorização do patrimônio cultural, ao mesmo tempo em que contribuam para a sua sustentação.

Afinal, é possível vislumbrar neste patrimônio uma forma de oportunidade econômica, sem perder de vista que tais bens são passíveis de gerar, de forma direta ou indireta, um importante serviço cultural, além das obrigações do Estado para a sua conservação e da interação com os agentes culturais, para que seja possível alcançar uma sustentabilidade cultural. Contudo, não se pode perder de vista que o “valor cultural intrínseco dos bens consubstancia um testemunho de civilização que todos temos o dever de salvaguardar e transmitir para as gerações futuras.”³⁷⁵

Por tais razões, a sustentabilidade cultural não pode ser traduzida como mera lucratividade. Os bens culturais, monumentos, museus e espaços públicos são de fruição ampla, não um produto de consumo financeiro. Não se pode vislumbrá-los como um produto comercial, um ativo no qual se busca a venda e rentabilidade econômica.³⁷⁶

alcançar um uso que seja semelhante” a este ou o mantenha em essência, ou de uma reutilização, num processo que também exige a criatividade dos sujeitos nele envolvidos.

³⁷⁵ SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. Para uma nova dinâmica do patrimônio cultural: o patrimônio sustentável. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 279.

³⁷⁶ ELIZABETH, Grace. Sociedade e Patrimônio Cultural. In: *Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*, vol. 1, 202, Goiânia, Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, p. 50. Comentando o turismo cultural, aponta que a sustentabilidade envolve cinco dimensões simultâneas:

1. Econômica: visa a integrar o patrimônio aos processos produtivos; 2. Social: objetivo melhorar a qualidade de vida das comunidades envolvidas; 3. Preservacionista ou cultural: busca valores e locais por meio da promoção e conservação dos recursos patrimoniais; 4. Ética: objetivando ampliar o

Aqui é importante uma visão dinâmica, não apenas restrita às necessidades financeiras, mas, acima de tudo, objetivando desenvolver “aproveitamentos alternativos dos bens culturais que cumpram a função de valorização ou enriquecimento cultural”, além do devido apoio do Estado aos titulares do objeto, naquilo que se fizer necessário.³⁷⁷ Ainda, é importante que ele consiga se custear e se manter em termos mercantis, mas a sua sustentabilidade tem um aspecto maior, portanto, está depositado no direito e na efetividade que as gerações presentes e futuras possam dele desfrutar, com intacto, conservado e acessível a todos.

Diante do que, para a eficaz tutela do patrimônio cultural, o recomendável é que se desenvolva uma política de valorização sustentável dos bens, de modo a conciliar a expansão deste patrimônio com a demanda sempre crescente por mais recursos, em especial, em termos ambientais e na ocupação do espaço urbano. Além de equilibrar o fato de que uma gestão demais empreendedora não venha a descuidar do escopo primário desta valorização, que é difundir os bens culturais, desde o nível local até o internacional, para que cumpram a sua tarefa primordial de testemunho e de significado para a sociedade.³⁷⁸

3.2.2 Princípio Multigeracional

No meio ambiente temos o princípio da solidariedade intergeracional ou da equidade, que para fins de patrimônio cultural ora denominamos como *multigeracional*. O objetivo deste princípio é o envolvimento de múltiplas gerações nos *três tempos* de nossa existência. No caso, este patrimônio é um testemunho do passado, um objeto erigido em tempo anterior, mas que possui fruição e representatividade no presente, sendo uma responsabilidade da sociedade e do Poder Público atual a sua conservação e preservação, de modo que esteja disponível também para o gozo e fruir das gerações futuras.

Na Declaração da ONU sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, 1972, já no seu preâmbulo é lançada a preocupação do homem enquanto construtor do

acesso das pessoas às riquezas culturais, inclusive como fator que fortalece a sua identidade; 5. Política: visa a segurar a participação de todos os atores envolvidos, independente do palco, local, regional, nacional.

³⁷⁷ NABAIS, op. cit., 2010, p. 125, citando que o art. 99 da Lei 107/2001 (LPC) contempla tal princípio.

³⁷⁸ CASINI, Lorenzo. La valorizzazione dei beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 2001, p. 651-707.

meio ambiente que o cerca e que lhe oferece oportunidade para o seu desenvolvimento, tendo este a capacidade de transformá-lo com melhorias ou perdas. E no princípio primeiro é gravada a responsabilidade humana ante a “solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.³⁷⁹

A mesma preocupação é reiterada na ECO-92, e consta da Carta do Rio de Janeiro, ao apontar como princípio terceiro que o “desenvolvimento deve ser promovido de forma equitativa para garantir as necessidades das gerações presentes e futuras”.³⁸⁰

Por este princípio cada geração tem a sua responsabilidade no manejo racional dos recursos naturais e, portanto, naquilo que diz respeito ao meio ambiente cultural, pendendo a obrigação de legar às futuras gerações riquezas não inferiores às aquelas recebidas, formando-se um dever de *equidade intergeracional*, de administração sustentável do meio ambiente, a fim de que as gerações vindouras desfrutem dos seus valores no mínimo em igual e, até mesmo, em maior medida.³⁸¹

A Lei 6.938/1981, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, determina no seu art. 4º, VI, a obrigação quanto “à preservação e restauração dos recursos

³⁷⁹ Carta de Estocolmo: 1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma. [...] Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>. Acessado em 24 set. 2020.

³⁸⁰ Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acessado em 24 set. 2020.

³⁸¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Fundamentos del derecho ambiental colombiano. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol), 2022, p. 127, e acrescenta: “En otras palabras, este principio implica que todas las generaciones cuenten con una base de recursos naturales igual a la de sus antecesoras, por cuanto la conservación de estos recursos permite que, por una parte, todas las personas de la presente generación puedan acceder y usar equitativamente los bienes ambientales y, por otra, que las futuras puedan resolver sus problemas y satisfacer sus necesidades de acuerdo con sus modos de vida (Brown, 1990)”.

ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”.

Assim como a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental, Lei nº 9.795/1999, que nos seus artigos 4º e 5º registra como *princípios* o enfoque humanista e a continuidade do processo educativo, e como *objetivos* o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social; o incentivo à participação individual e coletiva; o estímulo à cooperação, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada na solidariedade, responsabilidade e sustentabilidade, e o fortalecimento da cidadania e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

Igualmente, o Relatório da Comissão Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento “Nosso Futuro Comum”, de 1987, enfatiza que o “desenvolvimento sustentado pressupõe uma preocupação de equidade social entre as gerações”, devendo tal preocupação estar presente de acordo com as gerações, com um uso compatível conforme as necessidades do presente, sem que tal venha comprometer a fruição e desenvolvimento das futuras gerações.

Na mesma linha, o Simpósio Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente (Tóquio) lançou em sua declaração final que o “meio ambiente global é uma herança que nós – geração atual – devemos herdar de nossos ancestrais e transmitir à geração futura com possibilidades de desenvolvimento”, o que se constitui numa verdadeira responsabilidade para com tal patrimônio.³⁸²

Por sua vez, a nossa Constituição define como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, e entre os seus princípios nas relações internacionais a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (artigos 3º, I e 4º, IX). E mais, no art. 225 prevê por expresse o direito coletivo ao “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, enquanto “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, sendo um dever conjunto do Poder Público e da coletividade “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Portanto, as nossas normas ambientais e a

³⁸² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. In: Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, op. cit., 407.

lei máxima impõe um *compromisso transgeracional* para com o meio ambiente, o qual se estende para o *patrimônio ambiental-cultural*.

Aqui, é proclamado “um direito fundamental intergeracional de participação solidária”, e que até mesmo extrapola em seu alcance “o direito nacional de cada Estado soberano e atinge um patamar intercomunitário”.³⁸³ Revela-se, pois, com um autêntico direito da humanidade, e desponha tanto no patrimônio natural como no cultural, em especial, nos bens arrolados reconhecidos pela Unesco como patrimônio de toda a humanidade.

Em seu art. 216, *caput*, de modo indireto, a Carta Magna também consagra o aspecto transgeracional, quando conceitua o patrimônio cultural como portador de “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Ora, esta identidade, memória e formação da sociedade ocorrem de modo permanente, contínuo, inacabado. É um conceito que foi, é e segue sendo construído por meio de transformação e sedimentações que apesar de poderem ser compartimentadas em momentos, são atemporais.

Igualmente, identificamos traços do *princípio da solidariedade* no art. 216-A da Constituição, quando no tocante ao Plano Nacional de Cultura consagra a diversidade das expressões culturais; a universalização do acesso aos bens culturais; a cooperação, a integração, a interação e o compartilhamento nas suas políticas públicas, de forma complementar, transversal, democrática e pactuada.

Já a Constituição de Portugal prevê no seu art. 66, nº 1, que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”; sendo uma obrigação do poder público e da sociedade “promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações”, conforme o art. 66, nº 2, letra “d”.

Com efeito, numa análise longínqua dos princípios e fundamentos reitores da ordem jurídica, cremos que meio ambiente e cultura tratam-se propriamente de *direitos naturais* ínsitos ao ser humano, com existência anterior à sua codificação. Mais do que uma *obrigação moral*, temos *direitos* que foram sendo construídos e consagrados por várias contribuições ao longo de gerações, até atingirem o estágio

³⁸³ LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: RT, 2000, p. 95.

atual, enquanto categorias de valores indispensável, inalienável e insubstituível para toda a humanidade.

Para tanto, podemos observar que o homem vive, “sempre viveu em sociedade e que só pode viver em sociedade com o seu semelhante”, que a “sociedade humana é um fato primário e natural, e não produto de uma vontade humana”. Ou seja, “o homem fez, faz e fará sempre parte de um agrupamento humano”.³⁸⁴ E, apesar de seu individualismo, ele tem que pensar e agir em termos coletivos e também atemporal.

De acordo com Edith Weiss, tal princípio tem como base o reconhecimento de que a espécie humana é a gestora do meio ambiente natural e cultural de nosso Planeta, o qual é comum para todos nós, enquanto membros da mesma espécie. Somos tanto beneficiários pelo seu desfrute como responsáveis para com uma série de cuidados necessários. E, neste âmbito, todas as gerações são iguais e também possuem o mesmo direito em relação ao sistema ambiental que integram, não podendo prevalecer nenhuma sobreposição,³⁸⁵ vantagens ou decréscimos de uma geração frente a outra, mas uma igualdade plena e um compromisso mútuo.

Com efeito, Weiss decompõe o princípio da solidariedade intergeracional em três aspectos: 1. Diversidade de opções: cada geração será demandada para conservar a diversidade dos seus recursos naturais e culturais. 2. Conservação da qualidade: as gerações serão demandadas a manter a qualidade ambiental, assegurando que o nosso Planeta legal não esteja em condições piores do que no estado em que lhe foi entregue. 3. Conservação do acesso: cada geração tem o dever de promover os seus membros com direitos iguais de acesso ao mesmo tipo de legado advindo das gerações do passado, além de conservar estas vias de acesso para as gerações futuras.³⁸⁶

Temos de refletir que *ser é cuidar-se*, e também ser para com o outro, pois o cuidar-se é ainda cuidar do outro, por meio do “cuidado-para-com-o-outro”. Vivemos

³⁸⁴ DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. Tradução Eduardo Salgueiro, Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 19. Ver também, WELZEL, Hanz. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural e justicia material*, 2ª ed. Tradução Felipe González Vicén. Madrid: Aguillar, 1971.

³⁸⁵ WEISS, Edith Brown. In *fairness do futures generatios: intergenerational law: common patrimony ant intergeracional equity*, p. 3-4, *apud* MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 157, citando ainda que a espécie humana é parte integrante de nosso sistema natural, “razão por que não temos o direito de destruir sua integridade, mesmo que nos pareça interessante fazê-lo para o atendimento de uma demanda imediata”.

³⁸⁶ WEISS, op. cit., p. 5, *apud* MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 158.

em meio a “relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consciência ao sercomunitário”.³⁸⁷

O cuidado individual só alcança um sentido mais profundo “se abrir aos cuidados para com os outros”, porque também unicamente deste jeito” e nesta reciprocidade, encontra-se a segurança, mormente diante de um tempo de tantos perigos.³⁸⁸ E este *cuidado* consigo e com os outros, para com o próximo da atual geração, com as gerações futuras e mediante respeito à construção erigida pelas gerações passadas é o que sintetiza o *compromisso de solidariedade* e fundamenta o *princípio transgeracional*.

Vivemos tempos atuais de grandes problemas e perdas ambientais. Estamos nos deparando com as consequências do aquecimento global e ainda não sabemos se seremos capazes de reverter-lo ou se chegaremos num ponto de regresso impossível ou improvável. Por sua vez, as perdas em termos de patrimônio cultural são ainda piores, monumentos, obras e prédios que foram destruídos pela ação humana durante conflitos armados ou por falha na gestão.

Em termos nacionais é preciso lembrar que a presente década tem sido trágica para instituições culturais e científicas, ao longo dela vimos serem atingidos ou até consumidos pelo fogo o Instituto Butantan, o Memorial da América Latina, o Museu da Língua Portuguesa, a Cinemateca Brasileira, o Museu de Ciências Naturais da PUC-MG e o Museu de História Natural e Jardim Botânico, na Universidade Federal-MG, sem contar o incêndio que destruiu praticamente todo o Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, em julho de 1978.

Uma das ironias é que, há várias décadas, antes mesmo da nossa lei de tombamento (1937), por conta da Sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos (Montevideo, 1933), o Brasil assinou em 1935 o Pacto de Röerich, para preservar todos os “monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas e culturais”, em tempos de guerra e paz. Contudo, com todos os meios e as tecnologias da modernidade (que o futuro nos trouxe), fomos incapazes de mantermos a salvo o nosso acervo cultural (que o passado nos legou), em pleno tempo de plena paz.

³⁸⁷ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48-9.

³⁸⁸ COSTA, José de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 319.

Para agravar a situação, a mais emblemática perda foi o incêndio do Museu Nacional em 02 de setembro de 2018. As suas instalações situam-se no parque da Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro, junto ao Palácio São Cristóvão. Este prédio foi a residência da família real portuguesa e, após, da imperial brasileira até a Proclamação da República. A instituição foi fundada por Dom João VI, em 1818, com o nome de Museu Real e instalado inicialmente no Campo de Santana, para atender ao progresso científico, cultural e socioeconômico do Brasil, migrando para o prédio do Palácio em 1892.³⁸⁹

Em suas instalações abrigava acervo bibliográfico, científico e documental, e, pelo seu vasto conteúdo, era considerado o maior museu de história natural da América Latina. Porém, tal realidade mudou drasticamente após o recente sinistro, levando ao perecimento de uma incomensurável riqueza de valor cultural, prejuízo inestimável e irremediável, não apenas para as presentes gerações, mas para todas as futuras. Ou seja, claramente aqui o princípio multigeracional foi fulminado, pois aquilo que nos foi herdado pelos nossos antepassados, ao longo de dois séculos de contribuição incansável e ininterrupta, foi sepultado pela sociedade atual.

Infelizmente, não fomos capazes de cuidar e conservar o precioso tesouro que havia passado incólume por tantos e que nos foi entregue. Fracassamos, e por conta da nossa imprudência, negligência e imperícia na conservação de tão importante patrimônio cultural o direito das gerações futuras foi abortado, interrompido subitamente, rompendo o pilar transtemporal da cultura, irrepresentável sem a menor chance de recuperação.

Portanto, é fundamental que se tenha solidariedade não apenas como o seu próximo visível, mas que tal ônus esteja fundido num aspecto que ultrapassa as gerações, o tempo presente e mesmo o horizonte perceptível de algum futuro. Um compromisso com a preservação do meio ambiente e a conservação do patrimônio cultural que não pode ser cindido de forma alguma, e que deve ser mantido, sob pena de o custo em negligenciá-lo ser a perda de importantes conquistas e riquezas ambientais e culturais, ou, ainda pior, o perecimento da própria raça humana, em virtude da degradação irremediável do meio ambiente.

³⁸⁹ Disponível em: <http://www.museunacional.ufrj.br/dir/omuseu/omuseu.html>. Acesso em: 17 jul.2020; e Grande Enciclopédia Larousse Cultural, 1998, p. 4132.

3.2.3 Princípio do Poluidor Pagador e da Reparação do Causador do Dano

Em termos mundiais verificamos o surgimento deste princípio pela vez primeira em documento emitido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), por via da Recomendação C (72), 128, de 1972, complementada por uma Recomendação de 1974. Posteriormente, a Comunidade Econômica Europeia passou a adotar tal princípio, que via do Ato Único a incorporou ao ordenamento de todos os países do âmbito comunitário.³⁹⁰

Outrossim, poderemos encontrá-lo na Conferência Mundial da ONU, de Estocolmo, em 1972, quando no seu Princípio 22 determina a cooperação dos Estados “no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais”.

Igualmente, na Conferência Mundial do Rio ECO-92, no seu Princípio 16, preleciona que o Poder Público deve promover a “internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos”, de modo que o poluidor e quem contamina deve “arcar com os custos da contaminação, levando devidamente em conta o interesse público”. Assim como o seu Princípio 13, ao dispor que os “Estados devem elaborar uma legislação nacional concernente à responsabilidade por danos causados pela poluição e com a finalidade de indenizar as vítimas”.³⁹¹

A Lei nº 6.938/1981 lança o conceito de meio ambiente, degradação e poluição no seu art. 3º,³⁹² com previsão expressa sobre tal princípio, ao prever no

³⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 227. BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Ambiental*. São Paulo, nº 48, p. 5-52, jan.-mar. 1998, p. 48, explica poluição como a ação que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete as condições sanitárias e estéticas do meio, afetem desfavoravelmente a biota e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

³⁹¹ Carta do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acessado em 09 out. 2020.

³⁹² Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

- I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
- II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
- III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
 - a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
 - b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
 - c) afetem desfavoravelmente a biota;
 - d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

art. 4º, VII, “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. E quando no art. 14, §1º, determina, semprejuízo das penalidades legais, que o poluidor é obrigado, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Em termos constitucionais, vislumbramos o princípio contemplado no art. 225, §3º, ao cominar que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Indiretamente, entendemos também visível na Lei dos Crimes Ambientais, no art. 6º, I, ao prever que na imposição e gradação da penalidade será observada a gravidade, os motivos do fato e “suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente”, além de prever nos artigos 27 e 28 a necessidade da prévia reparação do dano ambiental.

Por sua vez, no que diz respeito ao patrimônio cultural, defendemos que o princípio do poluidor pagador deve ser lido por simetria como do causador do dano. Ou seja, aquele que de alguma forma causou um atentado ao bem cultural protegido deve, necessariamente, ser compelido a sua reparação máxima possível, da mesma forma que o causador da degradação ambiental. Aqui, tal reparação tem o sentido de uma indenização por dano material e moral coletivo,³⁹³ gerando uma obrigação de que o bem seja restituído ao seu máximo quadro original, atingindo o maior nível possível de retorno e de ressarcimento.

Entendemos que o princípio ora defendido da *reparação do causador do dano* é aferido no art. 216 da Constituição Federal quando trata da proteção do cultural e quando no seu § 4º determina que os “danos e ameaças ao patrimônio cultural serão

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

³⁹³ Sobre o tema ver MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 54, abr.-jun. 2009, p. 229-253.

punidos, na forma da lei”. Leia-se aqui no âmbito civil, administrativo e penal. E quando fala em punição, nas entrelinhas colhemos a obrigação de reparar o dano causado ao objeto cultural sob proteção.

A mesma leitura podemos colher na lei dos crimes ambientais, quando tratada responsabilidade sobre qualquer forma, seja da pessoa física e jurídica, e do dever reparatório em termos processuais e penais (artigos 2º, 3º, 27 e 28).³⁹⁴ E, também, nas figuras típicas dos artigos 62 a 65, em especial, quando incrimina quem “destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”. Ora, se desta conduta (por ação ou omissão, doloso ou culpa) advirá uma responsabilização em termos penais, civis e administrativos, por certo aí estará incluído o dever de reparar o dano causado.

Igualmente, cremos que tal princípio foi contemplado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 654.833, Relator Ministro Alexandre de Moraes, quando o acórdão pontuou que “revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da imprescritibilidade da pretensão de

³⁹⁴ Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

reparação civil do dano ambiental.”³⁹⁵ De onde, a não prescrição do dano ao meio ambiente é um desdobramento do princípio do poluidor pagador.

O ideal é agirmos de acordo com os princípios da precaução e da prevenção, evitando desastres ambientais ou o perecimento do patrimônio cultural, numa linha prévia muito mais racional e eficiente do que a posterior adoção de medidas compensatórias e indenizatórias.

Contudo, quando infelizmente a cautela é extemporânea e as ações de salvaguarda chegam com irremediável atraso, resta ao poder público e ao interesse da sociedade lançar mão do amargo e tardio, mas importante, princípio da reparação pelo causador do dano, de modo a responsabilizar e impor as concernentes obrigações em face daquele que causou o nefasto prejuízo aos bens culturais e ambientais de interesse coletivo.

A título de encerramento, podemos concluir que ainda que, de forma explícita ou implícita, possamos extrair do nosso ordenamento princípios relativos ao patrimônio cultural, desponta como de capital importância que estivessem eles positivados em nosso sistema e expressos em norma própria, a qual formasse um compêndio específico sobre a tutela do patrimônio cultural, com os direitos e deveres a ele inerentes.

³⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15119382>. Acessado em 09 out. 2020.

4 DAS FORMAS DE PROTEÇÃO

O ordenamento brasileiro contém normas de proteção do patrimônio cultural, em nível civil, administrativo e penal, envolvendo lei, ato administrativo ou decisão judicial. Tais normas e a premente necessidade de organizá-las num compêndio único, bem como de aperfeiçoá-las e ampliá-las, são objeto do nosso estudo.

O art. 216 da Constituição Federal fornece o conceito de patrimônio cultural, colocando-o como bens de natureza material ou imaterial, individuais ou em conjunto, cujos valores estejam ligados à identidade, à ação e à memória de uma sociedade brasileira plural, abarcando criações, obras, objetos, edificações, documentos, espaços, sítios, paisagens, locais de interesse ecológico, arqueológico, paleontológico, formas de expressão, modos de criar, fazer e viver, numa ampla abrangência.

A partir disso determina que o Poder Público, junto com a comunidade, promova e proteja esses bens, seja “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Passando a configurar uma nova forma de tutela, mais ampla, a qual vai além do mero tombamento e de outros mecanismos instituídos a contar do Decreto-lei nº 25/1937.

Nessa esteira, o legislador elevou os níveis de proteção com o advento da Lei dos Crimes Ambientais, cujos tipos representam avanço em relação aos bens jurídicos tradicionais, suplantando as antigas disposições do Código Penal e demais normas. Exemplo inequívoco temos no art. 62, I, da Lei nº 9.605/95, o qual tipificou crime a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar “bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, meios de tutela que serão aqui analisados e que são imprescindíveis para formar o elo de ilicitude e completar o preceito penal.

Diante do que, trabalharemos aqui com tais critérios protetivos, consistentes na lei, no ato administrativo e na decisão judicial.

4.1 DA LEI

De início, e dentre os vários conceitos³⁹⁶, podemos convencionar o termo “Lei” como sendo uma regra geral “que, emanada de autoridade competente, é imposta coativamente, à obediência de todos”, a quem obriga e é dirigida sem distinções.³⁹⁷

No âmbito penal, para Von Liszt, lei “é a vontade da coletividade declarada pelo concurso de fatores legislativos e publicada nos termos da Constituição”.³⁹⁸ E para Ferri, a “lei penal é a expressão social e jurídica da justiça penal, como norma de conduta para cada indivíduo”, razões pelas quais o Estado impõe aos seus cidadãos e a si próprio “a obrigação de agir em conformidade com a mesma lei”.³⁹⁹ Portanto, a lei é uma das fontes do Direito, é a norma declarada expressamente pelo próprio Estado, de acordo com o processo determinado no Direito Constitucional.⁴⁰⁰

Com efeito, esse procedimento legislativo – que pode ser ordinário, sumário ou especial – é realizado pelo órgão competente, constituindo-se de um conjunto de atos que compreende: iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação, cujo regramento pátrio está previsto no artigo 59, e

³⁹⁶ Dentre os clássicos, para MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 12, leis “são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, nesse sentido, todos os seres possuem as suas leis”. Já BECCARIA, Cesare (*Dos Delitos edas Penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27) define as leis como “condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la.” Por sua vez, para ROUSSEAU, Jean-Jaques (*O Contrato Social*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004) cita que as leis criminais “são mais a sanção de todas as outras leis que uma espécie particular delas”, advinda de uma relação de desobediência do homem, a qual gera a pena.

³⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 1, p. 15-6. E para BEVILÁQUA, Clóvis, *apud* CONSTATINO, Carlos Ernani. *Delitos Ecológicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 205, lei é a regra geral que vindo da autoridade competente é imposta por coação “à obediência de todos; nos Estados modernos, há um órgão destinado à elaboração das leis, que é o poder legislativo; preparadas pelo Poder Legislativo, as leis são sancionadas pelo executivo, que as promulga e publica.” Sobre a aplicação e interpretação das normas, ver Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 133-45.

³⁹⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tomo I, 1. ed. Campinas: Russel, 2003, p. 170.

³⁹⁹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime*. Tradução Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 121.

⁴⁰⁰ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

seguintes, da CF⁴⁰¹ e deve ser rigorosamente observado, dentro do seu âmbito e das suas limitações.

Assim, havendo qualquer dispositivo legal que confira proteção ao bem cultural, estará completa a relação de tipicidade e realizado um dos objetivos do art. 216 da CF. Ocorre que o art. 62, I, da Lei nº 9.605, traça uma norma penal em branco que,⁴⁰² embora defina o preceito principal, requer o complemento de outro dispositivo para caracterizar a tipicidade plena da conduta, em que a integração pode provir do mesmo órgão legislativo ou diverso, “pode ser outra lei da mesma fonte de onde emanou a lei penal, ou leis ou regulamentos originários de outros poderes”, de edição já presente ou futura.⁴⁰³

Por oportuno, em estabelecendo o art. 23, III, IV e V, da CF ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural (conforme o teor do art. 216), a lei que irá conferir especial proteção ao dito patrimônio poderá advir de qualquer das esferas federativas.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 496-504. Sobre vigência, validade e eficácia ver STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39 *et seq.*

⁴⁰² SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. Breves Considerações Atinentes à Lei nº 9.605/98, de 12-02-1998. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

⁴⁰³ Anibal Bruno (*Direito Penal, Parte Geral*, Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 204-5) define que “Normas penais em branco são normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completadas por outra disposição legal, já existe ou futura. Nelas a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integrar. Nessas leis existe sempre um comando ou uma proibição, mas enunciados em geral, de maneira genérica, a que só a disposição integradora dará a configuração específica. A norma integradora estabelece, então, as condições ou circunstâncias que completam o enunciado do tipo dalei em branco. Traz para a lei em branco um complemento necessário, mas na lei penal é que se encontra, embora insuficientemente definido, o preceito principal. A norma complementar resulta uma fonte subsidiária do Direito Penal, mas fonte importante porque as condições que ela estabelece constituirão elementos integrantes do tipo da lei em branco e determinar a aplicação da sanção. A quantidade do preceito ausente, necessitada de complemento, pode variar desde o máximo, quando a lei em branco contém a proibição de infringir determinado dispositivo de outra lei ou regulamento e neste é que se encontra todo o conteúdo da infração proibida, até um mínimo em que o dispositivo complementar dá apenas sentido a um dos elementos do tipo. O dispositivo que completa a lei em branco pode estar contido na mesma lei penal, ou provir do mesmo órgão legislativo ou de órgão diferente. pode ser outra lei da mesma fonte de onde emanou a lei penal, ou leis ou regulamentos originários de outros poderes”.

⁴⁰⁴ Embora não seja o caso do art. 62, I, da LCA, pode ocorrer que a norma complementar advenha de outra fonte que não uma entre as previstas no art. 59 da CF, advinda de um período de exceção, após consolidado e cabível na sua época, como a própria “lei de tombamento”, o DL nº 25/37. Conforme RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 293, “nestes casos, os governos absorvem as funções próprias do Poder Legislativo e editam normas gerais de direito sob a forma e denominação de decretos-leis” que, geralmente,

Destarte, não incidirá aqui violação alguma ao postulado da reserva legal, pois satisfeitos os requisitos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Afinal, mesmo em se tratando de norma penal em branco, já existe o preceito principal incriminador – que define a conduta junto ao tipo penal – e o conteúdo acessório – que complementa o dispositivo – e que aqui é oriundo de uma fonte legislativa legítima, face ao rol do art. 59 da CF, de modo que presentes os requisitos da *lege praevia, scripta, stricta e certa*.

Contudo, no caso de revogação total, parcial ou inconstitucionalidade da norma secundária que confira especial proteção ao bem, resta excluída a tipicidade daquela determinada conduta, pois, ainda que permaneça o preceito do art. 62, I, a “lei” que confere sentido à norma penal em branco e tutela o bem cultural não mais subsiste.⁴⁰⁵ Logo, tal fator legal retroagirá para beneficiar o autor, devendo também ser observadas as questões atinentes à aplicação das leis civil e penal no tempo.⁴⁰⁶

Atípica também será a conduta na hipótese de inexistir lei, ato administrativo ou decisão judicial impondo especial proteção para o bem. Ou no caso de uma destas ser formalmente produzida após já ter ocorrido a intervenção no objeto, o qual não era alvo de tutela quando foi alterado. Porém, as condutas iniciadas antes, mas que se protraem no tempo, tendo desdobramentos após a edição do ato protetivo, caracterizam o crime.

Outra questão diz respeito ao processo legislativo do art. 59, V, da Constituição Federal. Aqui, apesar da vedação do art. 62, I, letra “b”, da CF, não se verifica, em tese, barreiras para que o *complemento*⁴⁰⁷ da norma penal em branco seja editada por *medida provisória com força de lei*, cuja hipótese de relevância e urgência conferirá especial proteção ao objeto e, assim, fornecerá tipicidade para a

“recebem, mais tarde, com as ressalvas ditadas pela nova ordem jurídica, uma ratificação constitucional”, como a posta no art. 12 da CF de 1937.

⁴⁰⁵ Conforme TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34, não se cuida de *abolitio criminis*, que apenas se verifica “quando a lei nova exclui da órbita penal um fato considerado crime pela legislação anterior”, sendo caso de descriminalização (art. 107, III, do CPB). Para LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 29-30, também não se trata de lei temporária, já que, se assim fosse, depois de decorrido o prazo de sua vigência poder-se-ia arguir a sua inconstitucionalidade, “porque embora cometido o fato durante a existência, implica em violência ao postulado constitucional, e principalmente em dar eficácia a uma norma que não mais tem existência, em desfavor do réu”.

⁴⁰⁶ Sobre incidência, obrigações e conflitos das normas jurídicas no tempo, v. RÁO, op. cit., p. 322 *et. seq.*, e MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, vol. 1, p. 203-8.

⁴⁰⁷ No caso, apenas o complemento como forma de integrar a norma penal em branco. Salientando ser inadmissível a criação de tipos penais ou outras figuras, por meio de medida provisória.

conduta de atentado ao patrimônio, nos termos do art. 62, I, da Lei nº 9.605/98. Contudo, adverte-se que o comando normativo que seleciona o objeto como “especial” deve ser confirmado.

Ilustrando, imaginemos um prédio situado na capital federal, cuja história esteja diretamente ligada à construção de Brasília, mas que sofre iminente ameaça de demolição por força do expansionismo urbano. Diante de tal cenário, o Ministério da Cultura comunica o fato ao Gabinete da Presidência da República e indica como primeiro mecanismo a edição de norma para a tutela imediata daquela edificação.

Nesse caso, diante do relevo, da urgência e da necessidade de pronta eficácia o Poder Executivo Federal edita uma Medida Provisória, reconhecendo a valia cultural do antigo prédio, para conferir especial proteção. A partir disso, se a MP for convertida em lei, estará confirmado como típico o atentado contra aquele imóvel.

Entretanto, no caso de rejeição ou perda de eficácia, que retire do mundo jurídico a dita proteção, fazendo com que o bem não tenha mais aquele valor especial conferido pela medida, apenas uma valia ordinária, entendemos que estará excluída a relação de tipicidade e ilicitude do art. 62, inclusive retroagindo para os atos praticados no período de vigência da Medida Provisória.⁴⁰⁸

4.2 DO ATO ADMINISTRATIVO

A forma mais usual de intervenção do Estado na propriedade e para a salvaguarda do patrimônio cultural tem-se revelado por meio de atos administrativos.⁴⁰⁹ Os quais são empregues para a consecução dos objetivos de tutela previstos no art. 216, § 1º, da CF, nas figuras de tombamento, desapropriação,

⁴⁰⁸ Aqui, aplicar-se-ia o § 3º do art. 62, e não os §§ 11 e 12 e emendas por se tratar de matéria penal que retroage. Sobre o tema MP, ver AMARAL JR., José Levi Mello. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*. São Paulo: RT, 2004. Ainda, observar as alterações por Emendas Constitucionais (nº 36 e nº 76).

⁴⁰⁹ De acordo com MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 133 *et seq.*, o ato administrativo “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio”, sendo os seus requisitos a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto; além de dotado dos atributos de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade nas suas várias classificações. Prossegue a p. 487 explicando que o Tombamento é “a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio.”

inventário, registro, arrolamento e outras formas de acautelamento desempenhadas pelo Poder Público. Importa referir que, embora o tombamento tenha sido o meio mais consagrado na proteção cultural, a partir da nova ordem constitucional passa a ser apenas um dos vários instrumentos.

4.2.1 Tombamento

O Tombamento constitui-se no “ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados”.

Assim, o bem resta individualizado (seja ele singular ou coletivo), colocando-se sob um regime de especial proteção, nela incluída a proibição peremptória de mutilar, destruir ou demolir, além da exigência de autorização expressa para obras e intervenção.⁴¹⁰ Por meio dele, o Poder Público efetiva a tutela do seu patrimônio cultural e cumpre o seu dever constitucional.

O termo designava o Arquivo Nacional Português, fundado em 1375, em uma das torres da muralha que cerca Lisboa, a “Torre do Tombo”, nome conferido aos livros destinados ao registro de todo o acervo do arquivo real,⁴¹¹ sendo esta a localização em que se concentravam os livros, as escrituras, os tratados e diversos documentos do reino. Dessa maneira, tomar ganhou o significado de “inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do Reino”, tendo sido utilizada no Código de Processo Civil Luso de 1876 como sinônimo de demarcação.⁴¹²

Importa esclarecer, que tombamento não gera expropriação, nem é uma “negação ao direito de propriedade”, mas, sim, uma “limitação do seu exercício”, justificada “pelo sentimento de preservação de interesse social relevante”, como no

⁴¹⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999, p. 81. Já para MEIRELLES, op. cit., p. 487, Ver também, MELO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, s. d., p. 538.

⁴¹¹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 148. SÉGUIN, Elida. *Lei dos Crimes Ambientais*. São Paulo: Adcoas, 1999, p. 182, registra que após um incêndio, no reinado de D. João III o Arquivo passou a funcionar em uma torre do Castelo de São Jorge e, após o terremoto de 1755 foi transferida para o Convento de São Bento.

⁴¹² BORGES, Marco Antônio. O Tombamento como Instrumento Jurídico para a Proteção do Patrimônio Cultural, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, nº 22, p. 261, 2001; e DALLARI, Adilson Abreu. “Tombamento”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, nº 86, p. 37, abr./jun. 1988. A outra origem conferida a expressão seria do latim “tomo” (parte) ou “tumulo” (elevação de terra).

caso da proteção do patrimônio cultural edificado.⁴¹³ Porém, daí decorre um ordenamento cogente para a administração, pois tombado ela passa a ter o dever detutelar o bem, para que seja realizada a sua finalidade ao público maior.⁴¹⁴

O tombamento é o ato de inscrição e o fato administrativo que gera uma limitação, na qual o proprietário segue como *dominus* absoluta sobre o objeto, e como *administrador*, só que aqui o bem não está mais vinculado à vontade absoluta do seu proprietário, “mas à finalidade impessoal e objetiva a que essa vontade deve servir”, por isso que o exercício dos direitos deste proprietário pode vir a chocar-se com os interesses superiores impostos pelo tombamento.⁴¹⁵ Porém, não há cisão das faculdades dominiais, de modo que o proprietário conserva a sua exclusividade enquanto titular do bem, diverso da desapropriação.

Os procedimentos que envolvem o tombamento estão disciplinados no Decreto-lei nº 25, de 1937, sendo que os objetos protegidos podem ser públicos ou privados, embora esses passem a ser considerados como “bem de interesse público”, sujeitando o seu titular a restrições, apesar de não perder o direito de propriedade.⁴¹⁶

⁴¹³ Conforme julgado: TRF, 2ª Região, AC 1991.51.01.106035-4, RJ, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Reis Friede, DJU 23/5/2007, p. 627.

⁴¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 131-7; MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e Indenização, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, nº 600, p. 15, out. 1985; e CARVALHO, Afrânio de. O Tombamento de Imóveis e o Registro, *Revista dos Tribunais*, v. 80, nº 672, p. 63-4, out. 1991.

⁴¹⁵ CRETELA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. *Revista de Direito Administrativo*, nº 112, abr.-jun. 1973, p. 50-3, arrolando como características do tombamento: 1) a administração sujeito ativo do procedimento; 2) o particular, proprietário do bem sujeito passivo da iniciativa; 3) o bem a ser tombado objeto móvel ou imóvel de valor histórico, estético, etnográfico, paisagístico, arqueológico; 4) texto de lei, emanado do legislativo, possibilitando a restrição e enumerando os bens que devem ser preservados; 5) o livro de registro ou tomo; 6) a operação material de inscrição, consistente no registro e inventário pormenorizado do bem tombado; 7) parecer, opinião ou juízo de valor de órgão competente em geral colegiado, que aponta, define e descreve o bem, objeto de proteção do poder público; 8) o processo ou rito de tombamento, conjunto de operações, determinadas pela administração, cuja finalidade é colocar o bem [...] sob a custódia do Estado.”

⁴¹⁶ Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma a outra das referidas entidades. [...]

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

A forma de realização desse ato decorre do fato administrativo de inscrição em um dos quatro Livros respectivos: O Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, o Histórico, o das Belas Artes e o das Artes Aplicadas (art. 4º, DL nº 25/37).

Já entre as suas modalidades, ele pode ser de *ofício*: em relação aos bens públicos (art. 5º); *voluntário*: a pedido do proprietário, ou com sua anuência por escrito (art. 6º); ou *compulsório*: por determinação do poder público, diante da não impugnação, ou contra a vontade do proprietário (arts. 8º e 9º).⁴¹⁷

O tombamento de ofício opera-se sobre os bens da Fazenda Pública, bastando a notificação da entidade que detém a propriedade ou a posse do bem, a fim de que se produzam os efeitos necessários. Ele possui a característica dedefinitivo, não prevendo contraditório e sendo realizado via procedimento administrativo. Aplicam-se a tais bens as restrições gerais da legislação.⁴¹⁸

O tombamento voluntário consubstancia-se pela convergência das vontades do proprietário com a entidade responsável pelo ato. Interessada na proteção do objeto e entendendo que ele reúne características especiais para tanto, o proprietário solicita ao respectivo órgão público o tombamento. Após a análise, o

⁴¹⁷ Decreto-Lei nº 25/1937: Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, se o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

⁴¹⁸

PIRES,

op.

cit.,

2022,

p.

399.

Instituto do Patrimônio procede com o ato. Também pode ocorrer que a anuência aconteça no decorrer do procedimento administrativo, no qual, após a notificação, o proprietário manifesta o seu de acordo com o tombamento.⁴¹⁹

O tombamento compulsório caracteriza-se por sua imposição do Poder Público, diante da resistência e recusa do proprietário em anuir a inscrição do objeto do Livro Tombo. Instaurado o devido procedimento e diante da impugnação do proprietário o ente estatal não anui com este, entendendo que o bem deve ser protegido e que estão atendidas as suas características de especialidade, bem como a oportunidade e conveniência do ato. Assim, realiza o tombamento, o qual se difere como um ato unilateral, discricionário e constitutivo.⁴²⁰

Na sua abrangência, e de acordo com o art. 1º do Decreto-lei nº 25/1937,⁴²¹ o tombamento poderá ser *individual*: sobre um determinado objeto; ou *geral* (global ou coletivo): atingindo vários bens situados em um bairro, cidade, conjunto, ou núcleo, além de belezas naturais (parques, florestas ou paisagens),⁴²² pois também são elas alvo de tutela. A competência é concorrente, conforme art. 23, III, IV e V, da CF.

No tocante à *discricionariedade* ou *vinculação*, quando o bem revestir-se da qualidade de patrimônio cultural e estiver em de perigo (como o risco de destruição) é dever e ônus do Poder Público, com competência sobre ele, intervir para protegê-lo.

⁴¹⁹ PIRES, op. cit., 2022, p. 400.

⁴²⁰ PIRES, op. cit., 2022, p. 401.

⁴²¹ Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional 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.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

⁴²² A noção de conjunto paisagístico, por óbvio, deve ser compreendida de maneira abrangente com as características da suficiente coesão, unidade e integração e, assim, não é possível considerar que não houve mudança pelo simples fato de apenas parte do todo ter sido alterada. A se admitir correto o raciocínio desenvolvido pelo magistrado, paulatinamente será possível a realização de várias obras "de pequeno porte" no parque do Flamengo (mesmo sem alteração do Iphan) e, ao final, sequer existirá algum remanescente do conjunto arquitetônico e paisagístico lá implantado e existente à época do tombamento devido às sucessivas e paulatinas "pequenas" alterações. (TRF 2ª Região, 8ª Turma, AC 2000.51.01.000571-5, Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira Gama, DJU 22/8/2006, p. 246).

Quanto à sua constituição, ele poderá ser *definitivo* ou *provisório*, conforme o trâmite do processo, sendo que de acordo com o art. 10, salvo a disposição do art. 13, para todos os efeitos “o tombamento provisório se equipará ao definitivo”.⁴²³ Ainda, independente de averbação no registro imobiliário por si só já está a gerar efeitos.⁴²⁴

No tombamento provisório, após a notificação do proprietário, o ato já inicia a gerar efeitos protetivos, criando gravames provisórios e colocando o bem teoricamente a salvo. Trata-se de procedimento célere e eficaz na defesa de objetos culturais, capaz de delegar-lhes a devida tutela, com o objetivo de assegurar o seu estado de originalidade e conservação, até a decisão definitiva. Trata-se de um instrumento preventivo e cautelaratório, com vistas a evitar o perecimento do bem e que por si só já é capaz de gerar efeitos penais,⁴²⁵ dentro da moldura dos crimes contra o patrimônio cultural e ordenamento urbano.

⁴²³ TOMBAMENTO PROVISÓRIO. EQUIPARAÇÃO AO DEFINITIVO. EFICÁCIA. 1. O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37. 2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. A diferença é que, não existindo qualquer ato do Poder Público formalizando a necessidade de protegê-lo, descaberia responsabilizar o particular pela não conservação do patrimônio. O tombamento provisório, portanto, serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem. 3. As coisas tombadas não poderão, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37, ser destruídas, demolidas ou mutiladas. O descumprimento do aludido preceito legal enseja, via de regra, o dever de restituir a coisa ao status quo ante. Excepcionalmente, sendo manifestamente inviável o restabelecimento do bem ao seu formato original, autoriza-se a conversão da obrigação em perdas e danos. [...] (STJ, REsp 753534 MT 2005/0086165-8, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 25/10/2011).

⁴²⁴ Decreto-Lei nº 25/1937: Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo. [...]

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

⁴²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento: instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 563, p. 22, setembro de 1982, explica que o “tombamento provisório, ocorrido tão-somente com a notificação do proprietário privado ou público,

O tombamento definitivo ocorre após o devido procedimento, com parecer sobre a importância do bem, a notificação do proprietário, a homologação do estudo e regular tramitação, culminado com o competente registro no Livro Tombo e averbação, providências estas que geram efeitos em relação ao proprietário, ao poder público e a terceiros (inclusive direitos de vizinhança e vedação de atos, como construções, que venham a prejudicar o objeto).

Dentre as consequências, destaque para o art. 17, em que “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial” do respectivo órgão de proteção do patrimônio cultural, “ser reparadas, pintadas ou restauradas”, sob pena de sanções até de ilícito penal.⁴²⁶ O instituto gere tanto obrigações de *non facere* (não destruir, mutilar ou alterar) como de um *facere* (os bens deverão ser conservados e cuidados).

Já quanto aos seus *efeitos* (artigos 11 a 23) são produzidos perante a alienação e ao deslocamento, às alterações, à conservação, ao uso e às adaptações, resultando para o proprietário obrigações negativas (não fazer), positivas (fazer) e de suportar (deixar fazer).⁴²⁷ Impõe ônus ao proprietário, quanto à

dá direito ao Poder Público não só de processar criminalmente o infrator, como enseja a prisão em flagrante de quem danifique ou altere, de qualquer modo, o bem protegido”. Na mesma linha: NORONHA, Edgard Magalhães. Código penal brasileiro comentado. volume 5, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1958.

⁴²⁶ CONJUNTO ARQUITETÔNICO E URBANÍSTICO TOMBADO, COMPOSTO PELA IGREJA DE NOSSA SENHORA DO CARMO, NA CIDADE DE SERRO/MG. ALTERAÇÃO DE IMÓVEL CONSTRUÍDO EM SUA VIZINHANÇA. REDUÇÃO DA VISIBILIDADE DA COISA TOMBADA COMPROVADA EM PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUNTO AO IPHAN. AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. DEMOLIÇÃO DA OBRA. [...] II – Nostermos do art. 216, *caput*, e respectivos incisos IV e V, da Constituição Federal, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, integram o patrimônio cultural brasileiro, podendo o Ministério Público ajuizar “ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III). Preliminar de ausência de interesse de agir que se rejeita ante a comprovação de agressão ao patrimônio histórico e cultural, na espécie dos autos. III – A realização de obras de alteração de imóvel situado na vizinhança de bem tombado que implique na diminuição da sua visibilidade, como no caso, deve ser precedida de autorização do [...] Iphan. IV – Demonstrado o caráter agressor da obra realizada sem a devida observância da autorização do órgão competente, impõe-se a sua remoção, nos termos do art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, às expensas do responsável pela agressão ao patrimônio histórico-cultural. [...]. (TRF 1ª Região, AC 23082 MG 2006.01.00.023082-0, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, e-DJF1 4/8/2008, p. 488).

⁴²⁷ TOMBAMENTO – OBRIGAÇÃO DE REALIZAR OBRAS DE CONSERVAÇÃO – PODER PÚBLICO – PROPRIETÁRIO. O PROPRIETÁRIO É OBRIGADO A CONSERVAR E REPARAR O BEM TOMBADO. SOMENTE QUANDO ELE NÃO DISPUSER DE RECURSOS PARA ISSO É QUE ESTE

sua conservação e certas restrições mediante uma série de condições que impedem alteração não autorizada do objeto, com efeitos sobre o gozo, o uso e a disposição do objeto, embora preservados na íntegra os demais direitos inerentes à propriedade.

Também, gera obrigações concernentes ao Poder Público e a seus órgãos, como o registro, a vigilância, a vistoria, a fiscalização sobre a coisa tombada, a imposição de sanções em caso de sua não observância e o direito de preferência na sua aquisição, em caso de alienação onerosa. Ainda, por força do art. 18 do Decreto-lei nº 25/1937,⁴²⁸ produz efeitos colaterais sobre o entorno, impondo restrições em relação à vizinhança da coisa tombada.

Além disso, cumpre referir que por força do art. 10 do DL nº 25/37⁴²⁹ desde já o tombamento provisório tem os efeitos do definitivo, permitindo que mesmo antes da decisão final o bem já seja preservado, evitando o risco de perecimento.⁴³⁰ Tal instituto constitui-se numa forma de defesa rápida do objeto, acarretando para a administração o dever de protegê-lo e para os responsáveis legais vários ônus, sob pena da incidência de sanções administrativas (multas, demolição e restauro) e penais.⁴³¹

ENCARGO PASSA A SER DO PODER PÚBLICO. RECURSO PROVIDO. (Superior Tribunal de Justiça, RESP 97852/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 8/6/1998, p. 15, RT 756/181).

⁴²⁸ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. Sobre o tema, ver MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O entorno dos bens tombados na legislação brasileira. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, nº 35, p. 73-98, abr.-maio 2011.

⁴²⁹ Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo. Outrossim, o art.

1.072 do novo CPC revogou o art. 22 do DL nº 25/1937, sobre o direito de preferência.

⁴³⁰ ANDRADE, Filipe Vieira. *O Patrimônio Cultural e os Deveres de Proteção e Preservação*, Temas de Direito Urbanístico 3, São Paulo: Imprensa Oficial/SP, 2001, p. 399, cita o art. 142, do Dec. Estadual SP 13.426/79: “A deliberação do Conselho ordenando o tombamento ou a simples abertura do processo, assegura a preservação do bem até decisão final da autoridade, pelo que o fato será imediatamente comunicado à autoridade policial sob cuja jurisdição se encontra o bem em causa para os devidos fins.”

⁴³¹ AÇÃO DEMOLITÓRIA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO DE OLINDA. REFORMA DE IMÓVEL RESIDENCIAL SEM LICENÇA URBANÍSTICA E EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS LEGAIS. ARTS. 187, 1.228, § 1º, 1.299 E 1.312 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSUIDORA DIRETA E RESPONSÁVEL PELO ACRÉSCIMO AO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 934, III, DO CPC. PERICULUM IN MORA REVERSO. UNESCO. CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL. 1. Inexiste direito de construir absoluto, na exata medida das limitações urbanístico-ambientais e da tutela dos vizinhos incidentes sobre o próprio direito de

A proteção pelo ato administrativo começa a vigorar a partir da sua publicação, mesmo que não definitivo, como no caso do tombamento provisório, ou se apresentado recurso administrativo, ou buscada a via judicial. Na verdade, tal

propriedade, que lhe dá origem e serve de suporte (art. 1.228, § 1º, do Código Civil). Embora caiba ao proprietário levantar em seu terreno as construções que lhe aprouverem, ficam ressalvados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299 do Código Civil). Tal preceito se harmoniza com o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) e com o espírito da nova codificação civil, que considera ato ilícito o exercício de direito quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil). 2. A pretensão para o ajuizamento de Ação Demolitória surge a partir da conclusão de obra em desconformidade com as vedações legais. Antes disso, a ordem jurídica confere ao prejudicado a possibilidade de propor Ação de Nunciação de Obra Nova. 3. Apesar de o art. 1.299 do Código Civil referir-se apenas à figura do proprietário, o art. 1.312 prescreve que “Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos”. O dispositivo destina-se a quem descumprir obrigação de não fazer construção que ofenda comandos legais ou administrativos, assim como as normas de postura, seja na condição de possuidor, seja na de proprietário, seja na de simples detentor ocasional do imóvel. 4. São legitimados passivos da Ação Demolitória o possuidor, o donoda obra e quem dela se beneficia diretamente, mesmo que não ostentem título de proprietário, o que se confirma pelo recurso à analogia com as normas que disciplinam a Ação de Nunciação de Obra Nova. Ao prever esse procedimento especial, o Código de Processo Civil, em seu art. 934, III, atribui legitimidade ao Município para ajuizar demanda contra o particular - e não somente contra a pessoa do proprietário - que construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. Descabido, pois, falar em legitimidade exclusiva do proprietário. TOMBAMENTO 5. Por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado não protege – nem deve proteger ou muito menos exaltar - apenas estética refinada, arquitetura suntuosa, produção artística luxuosa, templos esplendorosos, obras grandiosas dedicadas ao ócio, ou sítios comemorativos de façanhas heroicas dos que instigaram ou lutaram em guerras, com elas ganharam fama ou enriqueceram. Além de reis, senhores e ditadores, a História vem contada também pelos feitos, revoltas e sofrimentos dos trabalhadores, dos pobres, dos estigmatizados e dos artífices mais humildes da Paz. Para que deles, do seu exemplo, coragem e adversidade nunca se olvidem as gerações futuras, fazem jus igualmente à preservação seus monumentos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade – do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração. 6. Tal qual quando socorre as promessas do futuro, o ordenamento jurídico brasileiro a ninguém atribui, mais ainda para satisfazer interesse individual ou econômico imediatista, o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não. 7. Cabe ao Poder Judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na legislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir. 8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido.” (Recurso Especial Resp nº 1293608/PE, nº 2011/0101319-3, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 04/12/2012, publicado REPDJe 24/09/2014).

condição decorre dos efeitos constitutivo e declaratório que são conferidos pelo ato de tombar.⁴³²

Trata-se aqui de “um regime jurídico especial que incide sobre determinado bem no período que medeia entre a notificação e a inscrição após a homologação, cujos efeitos praticamente se equivalem aos do definitivo”, acautelando o objeto de eventuais atentados, enquanto se decide se ele vai ou não ser tombado em definitivo.⁴³³ Assim, diante da importância que é conferida ao bem, desde já ele passa a ser “especialmente protegido” por via do ato administrativo que instituiu o tombamento, ainda que provisório, situação que irá gerar efeitos cíveis e criminais.⁴³⁴ De modo que qualquer ato que destrua, inutilize ou deteriore este objeto poderá caracterizar o ilícito descrito no art. 62, I, da LCA, já que o bem em apreço passou a gozar de proteção.

Aliás se diverso fosse, a norma poderia ter os seus efeitos esvaziados, de maneira que o proprietário do bem, contrariado com o ato do tombamento, aproveitaria da fase provisória deste para praticar ações irregulares, como acréscimos ou supressões, colocando em risco a qualidade do objeto e inclusive levando-o ao seu perecimento.⁴³⁵

Embora geradora de efeitos, trata-se de medida precária para a preservação dos bens até que sejam concluídos os respectivos estudos técnicos. Confirmadas as exigências legais e a especial condição do bem será expedido o ato definitivo do tombamento, do contrário o ato provisório é revogado e o objeto liberado sem mais

⁴³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 754-5 e 770; e MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento. Instrumento de Proteção do Patrimônio Natural e Cultural, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, nº 563, p. 36-9, set. 1982.

⁴³³ PIRES, op. cit., p. 153-4. Para aprofundar, MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei de Tombamento Comentada. Doutrina, Jurisprudência e Normas Complementares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

⁴³⁴ NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 321, cita que: “Tanto pode ser objeto do crime a coisa tombada provisória como definitivamente, já que o art. 10 daquele diploma declara expressamente que para todos os efeitos – e, portanto, os penais – o tombamento provisório equipara-se ao definitivo.”

⁴³⁵ TOMBAMENTO PROVISÓRIO. EQUIPARAÇÃO AO DEFINITIVO. EFICÁCIA. 1. O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei nº 25/37. 2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. [...] (STJ, REsp 753534 MT 2005/0086165-8, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 25/10/2011).

incidir as restrições. Contudo, enquanto tramitar o processo de tombamento está o responsável encarregado dos deveres de preservação e conservação do bem, sob pena da aplicação de sanções em caso de danos.⁴³⁶

Portanto, a tutela provisória existe no sentido de evitar que o agente sinta-se à vontade para dar vazão a atos que importem alteração na estrutura, natureza e na própria identificação do bem como patrimônio cultural, confiante na impunidade cível e penal, sobre o pálio do objeto ainda não estar tombado em definitivo.

Quanto à natureza do ato entendemos que ela é dupla, é constitutivo, pois realizada a previsão legal “passa o bem à condição de imune contra atos do proprietário ou de terceiros que possam mutilar, alterar ou destruir.” Além disso, é de natureza declaratória, pois o ato em apreço terá o efeito de reconhecer “um valor cultural que o bem já possuía, porquanto se não o tivesse, não caberia o tombamento”, de modo que esta valia preexiste ao ato administrativo.⁴³⁷

Em outras palavras, é constitutiva, pois altera a posição jurídica do bem, transformando-o em de interesse público e/ou social e impondo ao proprietário novas obrigações. No entanto, é declaratória ao reconhecer uma característica intrínseca ao objeto, levando-a, agora, à ciência do mundo jurídico e conferindo-lhe uma publicidade legal, sobre uma qualidade que ela já possuía e era preexistente ao ato.

Ademais, cumpre lembrar que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade, o que autoriza a sua imediata execução como válido e operante, seja para a Administração ou para os particulares sujeitos ou beneficiários dos seus efeitos.⁴³⁸

Contudo, no caso de não se tornar definitivo o tombamento provisório, ou de revogação ou invalidade do ato administrativo que o institua, retirando-lhe assim a condição de “bem especialmente protegido”, tal fato retroage conforme as regras da lei penal, para retirar a tipicidade das ações praticadas na sua vigência, pois o objeto

⁴³⁶ FARIA, Edimur Ferreira. O tombamento e seus reflexos. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 69-70.

⁴³⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Proteção Constitucional ao Patrimônio Cultural, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, nº 20, p. 114. Vide MARCHESAN, Ana M. A Importância da Preservação do Patrimônio Cultural na Pós-modernidade. In: FREITAS, Vladimir Passos (Org.) *et al. Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 49-78.

⁴³⁸ MEIRELLES, 1994, op. cit., p. 141. Sobre efeitos dos atos administrativos, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 225 *et seq.*

já não possui a tutela diferenciada que o inscreve no rol específico do art. 62, I, da Lei dos Crimes Ambientais.

Com efeito, de acordo com Sônia Rabello a inscrição do tombamento no Livro do Tombo opera como uma forma de registro administrativo, cuja finalidade é garantir a segurança jurídica, a autenticidade, o acesso às informações e a própria publicidade, gerando efeitos perante o órgão do qual emanou o ato e ao próprio responsável pelo bem tombado, em especial, no tocante aos vínculos obrigacionais. Porém, frente a terceiros, ainda é necessária a devida publicação por meio dos veículos públicos oficiais, para produzir eficácia “erga omnes”,⁴³⁹ o que é especialmente importante em relação ao entorno dos imóveis tombados.

Outrossim, embora possa ser revisto por parte do Poder Judiciário, tal possibilidade é relativa. Ou seja, é vedado manifestar-se sobre a conveniência ou oportunidade da medida, pois tal se trata de atividade discricionária da administração pública. Entretanto, a classificação do objeto e a forma como foi enquadrado enquanto bem cultural pode ser revista, pois depende de um juízo devidamente justificado, fundamentado e que deve necessariamente mostrar a conexão com a história, arte, arquitetura, paisagem, arqueologia ou outro valor cultural.

Assim, pode ser ilegal o tombamento caso se baseie em fato que apresente divergência entre o estudo relativo ao objeto e o enunciado pelo administrador no seu ato. Ou ainda, se o bem for desprovido da devida valia, pois existe a necessidade de um parecer técnico, oriundo de órgão competente.⁴⁴⁰ Afinal, estará o Estado cumprindo o seu dever de proteção à cultura, o que justificará a intervenção e o cumprimento da função social da propriedade, na forma dos artigos 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º e 216 da Constituição Federal.

Ainda, embora de regra o tombamento decorra de ato administrativo, nada impede que ele seja instituído por ação do legislativo federal, estadual ou municipal, com a vantagem que este só poderá então ser desfeito por ato do Poder

⁴³⁹ RABELLO, Sônia. O estado na preservação de bens culturais. O tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009, p. 104.

⁴⁴⁰ CRETELA JÚNIOR, op. cit., p. 66-7; e SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: RT, 1981, p. 491.

Legislativo.⁴⁴¹ Ou mesmo decorra de ação judicial pleiteando o reconhecimento e a tutela do bem. Afinal, o zelo pelo patrimônio cultural constitui-se numa obrigação do Poder Público.

A propósito, também importante, pontua que os bens tombados estão sujeitos a receberem recursos para a sua conservação, como no caso do art. 1º, VI, da Lei nº 8.313/1991 (Roaunet), que prevê a destinação de valores para “preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro”.⁴⁴²

Por fim, o destombamento está previsto no art. 19, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 25/1937, enquanto direito do proprietário, no caso de omissão do órgão público de tombamento não ter providenciado as obras necessárias à proteção do bem, no caso daquele não dispor de recursos próprios. Também, no Decreto-Lei nº 3.866/1941, o qual prevê que o Presidente da República, “atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso” por parte interessada, que seja cancelado o tombamento de bens públicos e privados.

4.2.2 Desapropriação

A desapropriação é a forma mais drástica de manifestação do poder de império do Estado, no exercício do seu domínio eminente e de soberania sobre todos os bens inseridos no território nacional. Tal instituto consiste na “transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização”, nos termos da lei.⁴⁴³

Trata-se, pois, de uma decisão executória do Poder Público, Federal, Estadual ou Municipal, sem que dependa do Poder Judiciário para subjugar o bem

⁴⁴¹ SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, explica que não é a lei, nem o ato administrativo que atribuem valor ao bem, mas apenas o reconhecimento, sendo indiferente de onde emanará a fonte de proteção. LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 128-9, citam como exemplo as reminiscências dos antigos quilombos que foram tombados pelo art. 216, § 5º, da CF.

⁴⁴² FRATTARI, Rapahel; PIANCÓ, Sheila. Projetos culturais e incentivos fiscais para a conservação de bens imóveis tombados. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 241-3.

⁴⁴³ MEIRELLES, 1994, op. cit., p. 508.

em discussão, embora possa o expropriado impugnar o ato judicialmente por meio das vias legais.⁴⁴⁴

Entre os seus requisitos, a *necessidade pública* surgirá quando a Administração defronta situações de emergência que para solução satisfatória exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e o uso imediato. E a *utilidade pública* ocorre quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. Já o *interesse social* incide quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade, para o melhor aproveitamento, uso ou produtividade em prol da coletividade ou de categorias sociais que roguem amparo específico do Poder Público, conforme a Lei nº 4.132/62.⁴⁴⁵

Em sede de tutela cultural, a desapropriação pode surgir como medida prévia ao tombamento; no caso dessa esvaziar o direito de propriedade; para remediar o conflito provocado pelo tombamento. Ou para que o Poder Público assumira a gestão do bem tombado, diante das dificuldades de proteção pelo proprietário, e, ainda, como instrumento alternativo à preservação do bem, independente do tombamento –embora o seu destino esteja vinculado à finalidade pela qual se transferiu o seu domínio.⁴⁴⁶

O art. 19, § 1º, do Decreto Lei nº 25/37 contempla a hipótese da insuficiência de condições do proprietário na conservação e reparação do objeto, circunstância que poderá levar a atuação do Poder Público com o fim de garantir a permanência da proteção sob o bem tombado, ocorrendo ela de forma obrigatória, sob pena de cancelar-se o tombamento, situação esta que pode servir de fundamento para a desapropriação do objeto. Entendemos aqui não se tratar de disponibilidade do

⁴⁴⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL TOMBADO PELA UNIÃO. DESAPROPRIAÇÃO DO MESMO BEM PELO MUNICÍPIO, COM IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. DESISTÊNCIA DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS. Valendo-se o município da vertente mais larga de proteção do patrimônio cultural a desapropriação, com imissão provisória na posse cumpre-lhe o dever de reparar eventuais danos causados no imóvel. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário RE-168917, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Resek, DJ06/06/1997, p. 24882).

⁴⁴⁵ MEIRELLES, 1994, op. cit., p. 515-9.

⁴⁴⁶ PIRES, op. cit., p. 250-2. Caso de esvaziamento em: TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL PARA LIMITAR SUA DESTINAÇÃO A ATIVIDADES ARTÍSTICO-CULTURAIS. PRESERVAÇÃO A SER ATENDIDA POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO. NÃO PELO EMPREGO DA MODALIDADE DO CHAMADO TOMBAMENTO DE USO. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição. (STF, RE-219292, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 23/6/2000, p. 31).

Poder Público, mas de ônus inafastável, diante da sua obrigatoriedade constitucional na tutela do patrimônio cultural.

Por sua vez, o art. 5º, “k”, do Decreto-lei nº 3.365/41, enumera como casos de *utilidade pública* a “preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos”, isolados ou em conjuntos, sejam urbanos ou rurais; as medidas necessárias “a manter-lhes os aspectos mais valiosos, ou característicos”, e a proteção de paisagens e locais especialmente dotados pela natureza.

Já o *interesse social* é disciplinado na Lei nº 4.132/62, destacando-se o art. 2º, VIII, que atualmente prevê “a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.” Em termos práticos, tal forma excepcional de tutela vem sendo utilizada para a proteção de conjuntos urbanos, com o fim de melhorar certas regiões das cidades.

Na espécie, a intervenção do Estado na propriedade privada justifica-se diante da prevalência do interesse público sobre as questões particulares, transmutando-se numa forma de exercício mais abrangente da função social da propriedade que, assim, irá satisfazer uma coletividade, sem ficar restrita a uns poucos.⁴⁴⁷ O que ocorre especialmente quando “verificadas externalidades positivas que recomendam a preservação do imóvel”,⁴⁴⁸ notadamente quando diante da ausência de capacidade do responsável pelo objeto, ou mesmo em face da indiscutível utilidade pública ou do inegável interesse social na sua preservação.

Por fim, junto aos institutos do direito de propriedade o art. 1.228, § 3º, do CCB, prevê tais modos de desapropriação e adiciona a “de requisição, em caso de perigo iminente”, ao que podemos ilustrar a hipótese de um antigo prédio de valia cultural, em risco de desabamento pela inação do proprietário, o que força a atuação do Poder Público para expropriá-lo, verificar as formas de cessar o perigo e conservá-lo.

⁴⁴⁷ GOMES, Luís Roberto (O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 17, p. 177, 1999) esclarece que na função social “estão contidos os princípios constitucionais da proteção ambiental”, ligados à proteção da vida humana. Sobre o “ônus social”, v. DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da Função Social, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, nº 27, p. 58- 69, 2003.

⁴⁴⁸ PAIVA, Carlos Magno de Souza. A (in)eficácia da desapropriação de bens culturais edificados, In: Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel, op. cit., p. 27.

Enquanto isso, o responsável pelo bem considerado como patrimônio cultural tem o ônus social de utilizá-lo e preservá-lo da melhor forma possível, para a fruição coletiva presente e futura, estando passível de várias implicações, inclusive a penal.

4.2.3 Inventário

A identificação do valor cultural de um bem não surge da decisão da autoridade, pois antes de declarado ele já tinha existência histórica e valia no quadro da sociedade. E aqui, ainda que seja o mais conhecido, o tombamento não é o único instrumento de tutela, já que o art. 216, § 1º, da CF, cita outras formas de proteção, em rol não exaustivo, uma vez que é possível a criação de outros instrumentos, cuja incidência veremos.⁴⁴⁹

O Inventário é reconhecido na Carta Magna como uma das formas de proteção e promoção do patrimônio cultural. Embora careça de lei reguladora, constitui-se numa fonte de reconhecimento da referência de identidade e de valores culturais, operando em nível de identificação, bem como de orientação de políticas de tutela.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 410-2. MACHADO, 1999, op. cit., p. 734-5, colaciona que “o inventário do patrimônio arquitetural digno de ser protegido não termina jamais, porque este patrimônio não é constituído nem se revela de uma vez por todas. Conclui-se que uma legislação especial de proteção é indispensável para permitir à autoridade responsável de intervir a qualquer momento, ainda que seja para suspender uma ação de demolição.” (*Apud* ‘Congrès sur le patrimoine architectural européen’, Conselho da Europa, Amsterdam, 1975, p. 79).

⁴⁵⁰ IMÓVEL ARROLADO NO INVENTÁRIO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL, DO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN) E DO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DO ESTADO (IPHAEE). LICENÇA PARA DEMOLIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E ISENÇÃO DO IPTU. DESCABIMENTO. I) No caso, está justificada a negativa de autorização para demolição do imóvel de propriedade do autor, visto que apresenta características de inspiração europeia, com trabalho de carpintaria singular, constituindo-se raro exemplar de chalé existente na paisagem urbana, razão pela qual foi incluído no inventário do Município, do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e do IPHAEE (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado). Segundo o art. 216, § 1º, da Constituição Federal, não apenas o tombamento é capaz de criar limitação administrativa visando à proteção do patrimônio cultural, mas também inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. II) Não há falar em desapropriação indireta. O ente público pode impor limitações ao uso e gozo do bem inventariado,

Ainda que não possua a mesma tradição do tombamento, é dotado de força legal suficiente para garantir a preservação do patrimônio inventariado.⁴⁵¹ De modo que a sua realização criteriosa estabelece a relação dos bens culturais portadores de referenciais específicos, cujo efeito jurídico sujeita o proprietário e o Poder Público a preservar o bem, além de constituir-se numa prova da necessidade de proteção do objeto, a ser utilizado seja em sede judicial, administrativa, legal e até penal.⁴⁵²

Trata-se de figura conhecida em outros países, cujo termo designa os “repertórios de monumentos históricos ou bens patrimoniais. O inventário supõe a determinação de um conteúdo (categoria de objeto) e dos métodos de descrição. Ele responde duas finalidades complementares de informação e de classificação”.⁴⁵³

Assim, é certo que a inclusão pelo Poder de um determinado objeto em inventário⁴⁵⁴ já o promove à categoria de “bem especialmente protegido”. De modo que tão logo perfectibilizado o procedimento – o qual deve revestir-se de homologação, publicidade e notificação do proprietário –, os atentados contra este

como medida para evitar prejuízos ou descaracterização do patrimônio histórico-cultural; todavia, a propriedade do imóvel não é alterada. Logo, incabível a indenização pretendida. [...] APELO DESPROVIDO. (TJRS, Ap. Cível nº 70069547628, 22ª Câmara Cível, Relator: Francisco José Moesch, j. 25/8/2016, DJ 30/8/2016).

⁴⁵¹ CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO DO BEM. DESNECESSIDADE. BEM INVENTARIADO PELO IPHAN. FORMA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 216, §1º, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I – O art. 63 da Lei nº 9.605/98 optou pela proteção do patrimônio cultural de forma genérica. Por Lei, por ato administrativo ou por decisão judicial. Sem mencionar expressamente o tombamento ou o inventário, que, indiscutivelmente, encontram-se compreendidos nas formas ali previstas, à luz do art. 216, §1º, da CF/88. II. Com efeito, por ser o inventário forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro, prevista no art. 216, § 1º, da CF/88, desnecessário é o tombamento prévio, para que o bem seja considerado protegido pela União. III. Inventariada a edificação pelo instituto do patrimônio histórico e artístico nacional - IPHAN, com fins de preservação, a competência para processar e julgar ação penal, para apuração do crime previsto no art. 63 da Lei nº 9.605/98, é da justiça federal. IV. Recurso provido. (TRF 1ª Região, Recurso Criminal 2006.39.00.008274-1 PA, 3ª Turma; Rel. Des. Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães, DJF1 31/10/2008, p. 76).

⁴⁵² SOUZA FILHO, op. cit., p. 100. Ver também: RHODEN, Luiz Fernando. Legislação e inventários do patrimônio. *Revista Ciências e Letras*, Porto Alegre, n. 27, p. 189 e ss., jan.-jun. 2000; e CUSTÓDIO, Luiz Antônio Bolcato. Patrimônio edificado: conservação e ética. *Revista Ciências e Letras*, Porto Alegre, n. 27, p. 177-188, jan.-jun. 2000.

⁴⁵³ MERLIN, Pierre; CHOY, Françoise. Dictionnaire de l'urbanisme et l'aménagement. Quito, Presses Universitaires de France, 1998. Vide STUDART, Vitor Melo. O Inventário como um Instrumento de Gestão e Acautelamento do Patrimônio Cultural Material nas Cidades; e TORRES, Carolina de Fátima da Silva. A Efetividade da Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro e o Instituto Municipal dos Imóveis Especiais de Preservação; ambos In: III Encontro Internacional de Direitos Culturais, 2014, Fortaleza/CE.

⁴⁵⁴ Da mesma forma entendemos em relação aos bens arrolados e registrados.

bem determinado são passíveis das sanções dos artigos 62 e 63⁴⁵⁵ da Lei nº9.605/1998.

Salienta-se, ainda, que a Lei nº 6.513/1977 dispõe sobre a criação de áreas e “Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural”, com o intuito de assegurar a sua preservação e valorização, promover o desenvolvimento, orientar a alocação de recursos e estabelecer normas de uso e ocupação do solo.⁴⁵⁶ Seriam estes Locais e Áreas Especiais de Interesse Turístico (Prioritárias e de Reserva), os quais estão sujeitos a regramento próprio de limites, uso, ocupação, exploração, atividades, obras e serviços, para garantir o equilíbrio ambiental, harmonizar construções e assegurar a preservação, restauração, recuperação ou valorização do patrimônio cultural ou natural existente, os quais podem ser instituídos em nível federal, estadual, metropolitano e municipal.

Vários são os efeitos daí oriundos, estando expressamente previsto no seu art. 24 que, “além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte”, dos Locais e Áreas Especiais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator a penalidades.

⁴⁵⁵ STJ, HABEAS CORPUS Nº 537573 - RS (2019/0298784-6), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 04/10/2022, negou a ordem a processado pela prática do crime do art. 63 da LCA, pois embora não tenha sido confirmado o tombamento provisório do bem imóvel, ainda assim este se encontrava inventariado. Destacando-se aqui o seguinte trecho argumentativo: “Quanto à alegação de atipicidade da conduta, em razão de abolitio criminis superveniente pela revogação do tombamento provisório do bem, conforme se depreende da denúncia, o imóvel alterado está na Lista de Inventário do Patrimônio Edificado da IPHAE (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul). Segundo esclarece o órgão acusatório, ‘essa Lista de Inventário integra a legislação do Plano Diretor Municipal. Como se sabe, o Plano Diretor Municipal é uma lei, a saber, a Lei Municipal nº 1.216/2004 (Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo). Portanto, tratando-se de lei, ela goza de plena publicidade e de presunção de ciência pela sociedade’. Verifica-se, então, que o tombamento – ato administrativo que impõe o dever de conservar um determinado bem relevante ao patrimônio cultural brasileiro – é apenas uma das formas de tutela do local. O inventário de bens culturais é outro instrumento constitucional de preservação do patrimônio (art. 216,

§ 1º, da CF) e, no caso em exame, o estabelecimento alterado gozava dessa proteção, parte integrante do Plano Diretor do Município de Novo Hamburgo. Desse modo, não há como se concluir, de plano, pela atipicidade da conduta, haja vista que foram descritos, na inicial acusatória, fatos que se amoldam, em princípio, ao tipo penal mencionado.”

⁴⁵⁶ Art. 1º Consideram-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente Lei, assim como os bens de valor cultural e natural, protegidos por legislação específica, e especialmente: I – os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico; II – as reservas e estações ecológicas; III – as áreas destinadas à proteção dos recursos naturais renováveis; IV – as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram; V – as paisagens notáveis; VI – as localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas ou de lazer; VII – as fontes hidrominerais aproveitáveis; VIII – as localidades que apresentem condições climáticas especiais; IX – outros que venham a ser definidos, na forma desta Lei.

A referência ao inventário também figura de forma expressa na Lei nº 11.904/2009,⁴⁵⁷ Estatuto dos Museus, quando ao tratar sobre o acervo de museus prevê expressamente que os bens inventariados consideram-se como protegidos, com o fito de evitar o seu perecimento ou perda e promover a sua preservação.

Igualmente, temos a previsão do chamado “Inventário Nacional de Referências Culturais”, com condições de uso estabelecidas na Instrução Normativa nº 001/2009 do IPHAN, e que se constitui em metodologia de pesquisa destinada a produzir conhecimento sobre domínios da vida social, edificações associadas a certos usos e os seus significados históricos, independente de qualidade artística ou arquitetônica.

Em termos de Estado do Rio Grande do Sul, o art. 222, da Constituição Estadual, prevê expressamente o Inventário como instrumento de proteção, sendo que o art. 223 prevê que o “Estado e os Municípios manterão, sob orientação técnica primeiro, cadastro atualizado do patrimônio histórico e do acervo cultural, público e privado”, no que é complementado pela Lei Estadual/RS 10.116/1994, Lei do Desenvolvimento Urbano, quando ao tratar “das Áreas, Prédios e Monumentos de Proteção e Preservação Permanente”, determina no seu art. 40⁴⁵⁸ que “o Estado realizará o inventário dos bens culturais de interesse regional ou estadual”.

⁴⁵⁷ Art. 39. É obrigação dos museus manter documentação sistematicamente atualizada sobre os bens culturais que integram seus acervos, na forma de registros e inventários.

§ 1º O registro e o inventário dos bens culturais dos museus devem estruturar-se de forma a assegurar a compatibilização com o inventário nacional dos bens culturais.

§ 2º Os bens inventariados ou registrados gozam de proteção com vistas em evitar o seu perecimento ou degradação, a promover sua preservação e segurança e a divulgar a respectiva existência.

Art. 40. Os inventários museológicos e outros registros que identifiquem bens culturais, elaborados por museus públicos e privados, são considerados patrimônio arquivístico de interesse nacional e devem ser conservados nas respectivas instalações dos museus, de modo a evitar destruição, perda ou deterioração.

Parágrafo único. No caso de extinção dos museus, os seus inventários e registros serão conservados pelo órgão ou entidade sucessora.

Art. 41. A proteção dos bens culturais dos museus se completa pelo inventário nacional, sem prejuízo de outras formas de proteção concorrentes.

§ 1º Entende-se por inventário nacional a inserção de dados sistematizada e atualizada periodicamente sobre os bens culturais existentes em cada museu, objetivando a sua identificação e proteção.

§ 2º O inventário nacional dos bens dos museus não terá implicações na propriedade, posse ou outro direito real.

§ 3º O inventário nacional dos bens culturais dos museus será coordenado pela União.

§ 4º Para efeito da integridade do inventário nacional, os museus responsabilizar-se-ão pela inserção dos dados sobre seus bens culturais.

⁴⁵⁸ Art. 40- Prédios, monumentos, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, antropológico, paleontológico e científico, de proteção ou preservação

Embora reconhecido na Constituição Federal, bem como em termos de lei, edoutrina⁴⁵⁹ e jurisprudência,⁴⁶⁰ a questão é saber sobre os efeitos do inventário, já

permanente, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, não poderão, no todo ou em parte, ser demolidos, desfigurados ou modificados sem autorização.

§ 1º - Para identificação dos elementos a que se refere este artigo, os municípios, com o apoio e a orientação do Estado e da União, realizarão o inventário de seus bens culturais.

§ 2º - O plano diretor ou as diretrizes gerais de ocupação do território fixarão a volumetria das edificações localizadas na área de vizinhança ou ambiência dos elementos de proteção ou de preservação permanente, visando a sua integração com o entorno.

§ 3º - O Estado realizará o inventário dos bens culturais de interesse regional ou estadual.

⁴⁵⁹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Inventário é instrumento constitucional de proteção de bens culturais. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 80, p. 88-96, out.-nov. 2018; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O inventário de bens imóveis como instrumento de proteção do patrimônio cultural urbano no Brasil. *Revista Magister de Direito Urbanístico*, nº 83, p. 67-88, abr-maio2019; e MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, nº 20, p. 111-120, out.-dez. 2000.

⁴⁶⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 216, § 1º, DA CF. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL BRASILEIRO. ART. 67 DA LEI 9.605/98. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE DEMOLIÇÃO. IMÓVEL PROTEGIDO POR INVENTÁRIO DO IPHAN. ÁREA DEFINIDA COMO DE INTERESSE CULTURAL SIGNIFICATIVO PELO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO. VALOR CULTURAL E HISTÓRICO EVIDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – “[...] a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco evolutivo em termos de reconhecimento e proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro. Reconheceu-se, a nível constitucional expresso, a necessidade de tutelar e salvaguardar o patrimônio histórico-cultural, enquanto direito fundamental de terceira geração, isto é, de titularidade difusa, não individualizado, mas pertencente a uma coletividade [...]” (ACO 1.966-AgR/AM, relatada pelo Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno). II – De acordo com o inteiro teor do acórdão recorrido, a “Casa Koerich”, como era denominado o imóvel demolido, chegou a ser inventariada pelo IPHAN. Constou também do julgado que “o valor cultural e histórico do imóvel era evidente até para quem não possuía conhecimento especializado, tanto por suas características arquitetônicas quanto pela idade da construção (ano de 1926)”, bem como que ele se encontrava em área definida como de interesse cultural significativo no Plano Diretor do Município de Angelina/SC. III – O enquadramento da conduta agravante no art. 67 da Lei 9.605/1998, em virtude do descumprimento do que contido no art. 216,

§ 1º, da Carta Magna, não tem o condão de violar o referido dispositivo constitucional, muito pelo contrário, confere a ele a eficácia e a aplicabilidade necessárias à proteção jurídica do patrimônio histórico-cultural brasileiro. IV – Para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo quanto à tipicidade e à ausência de dolo, seria necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos – o que é vedado pela Súmula 279/STF – e das normas infraconstitucionais pertinentes ao caso, sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1222920 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 20/03/2020), DJe-078 divulgado 30/03/2020, publicado 31/03/2020).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 403.796 – MG. DECISÃO Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, a, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO. MUNICÍPIO DE ARAGUARI. IMÓVEL DA DÉCADA DE VINTE. RELICÁRIO. ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO. INVENTÁRIOS, REGISTROS, VIGILÂNCIA, TOMBAMENTO E DESAPROPRIAÇÃO. ART. 216, § 1º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TOMBAMENTO NÃO HOMOLOGADO PELO PREFEITO MUNICIPAL. DISCRICIONARIEDADE. RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DO BEM APÓS O INVENTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL COLETIVO EVIDENCIADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO

que até o presente não recebeu ele maior regulamentação. É indiscutível que se constitui num instrumento de proteção de patrimônio cultural, que um bem inventariado deve ser conservado e que qualquer ataque a ele configura uma infração, como as dos artigos 62 a 63 da Lei nº 9.605/1998.

Contudo, se comparado a outras figuras como o tombamento, qual o verdadeiro alcance do inventário? Aqui, entendemos que existe uma simetria de obrigações. Primeiramente, o dever de cautela do Poder Público. A seguir, os ônus

VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. I. Por analogia ao artigo 19, caput, primeira parte, da Lei da Ação Popular, é de se proceder ao reexame necessário da sentença proferida na Ação Civil Pública que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual; II. O tombamento é apenas um dos institutos que tem por fim a tutela do patrimônio histórico e artístico, mas não o único; III. A Constituição da República de 1988 alçou o inventário como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural, ao lado do tombamento, da desapropriação, dos registros, da vigilância e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º, CR/88); IV. O bem de valor cultural inventariado merece a proteção do Estado, de tal sorte que o seu proprietário tem o dever de protegê-lo, pois este instituto de proteção, ao lado dos demais, constitui importante cadastro de bens sociais de inegável valor sócio-cultural, razão porque não pode o Poder Judiciário ignorá-lo, sob pena de esvaziar a memória de um povo; V. A notificação do proprietário deflagra o tombamento provisório, devendo proprietário se abster de realizar qualquer intervenção no bem, sob pena de fazê-lo com vontade livre e consciente no sentido de causar ofensa ao sentimento coletivo, ou de valores compartilhados pela coletividade; VI. As diversas atividades de dilapidação do antigo Relicário, intensificadas após o inventário e a notificação do tombamento provisório, evidenciam a responsabilidade do proprietário pelos danos causados à coletividade; VII. Afasta-se a responsabilidade do Prefeito Municipal pela não homologação do tombamento, visto que aludido ato administrativo reveste-se de natureza discricionária e, no caso, o alcaide quedou-se à constatação de que o bem, há tempos, vinha sendo paulatinamente dissipado e arruinado pelo segundo réu; VIII. O dano moral coletivo constitui a agressão a bens e valores jurídicos comuns a toda a coletividade ou parte dela. Cediço que um imóvel histórico representa um determinado ponto da história e do desenvolvimento de uma comunidade. Ao se contemplar um espaço de relevância histórica, esse espaço evoca lembranças de um passado que, mesmo remoto, é capaz de produzir a sensação de reviver momentos e fatos ali vividos. Cada edificação, portanto, carrega em si não apenas o material de que é composto, mas toda uma gama de significados e vivências ali experimentados. Não é possível preservar a memória de um povo sem, ao mesmo tempo, preservar os espaços por ele utilizados e as manifestações quotidianas de seu viver, daí porque associa-se a destruição do imóvel da Avenida Tiradentes, 294 a um atentado aos valores e à memória da sociedade de Araguari. IX. Basta a lesão injusta e intolerável a qualquer dos interesses ou direitos titularizados pela coletividade, independentemente do número de pessoas atingidas e da configuração da culpa, para se impor ao infrator o dever de indenizar; X. A reparação pelo dano moral coletivo tem caráter punitivo-pedagógico e opera-se por meio de imposição judicial ao ofensor de uma parcela pecuniária. XI. O valor da condenação a ser arbitrado sob o norte da equidade e da razoabilidade deverá ser capaz de representar sanção eficaz para o agente causador do dano e, por outro lado, suficiente para dissuadir outras condutas danosas semelhantes. Os Embargos de Declaração opostos foram rejeitados (fl. 698, e-STJ). O agravante, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu violação dos arts. 535 do CPC; 2º, V, 3º, II, 26 e 28 da Lei 9.784/1999; 1º, § 1º, do Decreto-Lei 25/1937. Alega, em suma, a invalidade do ato jurídico da “limitação administrativa imposta sobre o imóvel, sob o título de 'inventário', em 1998, sem a devida notificação” (fl. 747, e-STJ). Aduz que somente se constitui patrimônio histórico aquele bem devidamente tombado. Contraminuta às fls. 807-825, e-STJ. O Ministério Público Federal, em parecer às fls. 836-840 (e-STJ), opinou pelo desprovimento do recurso. É o relatório. Decido. Para melhor exame da matéria dou provimento ao Agravo e determino sua conversão em Recurso Especial. (STJ, AREsp 403796 MG 2013/0332847-8, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 11/06/2015).

do proprietário, com alcance de fazer e não fazer, em relação à conservação do bem, a sua não destruição, não mutilação e não modificação sem a autorização do órgão competente responsável pela inventariação do objeto. Ou seja, em termos gerais, defendemos que em relação ao estado do bem inventariado ele está sujeito aos mesmos efeitos previstos no art. 17 do Decreto-lei nº 25/1937 para o tombamento, embora aquele não possua a mesma força, nem traga as mesmas implicações deste frente ao seu foco de tutela.

4.2.4 Registro, Arrolamento, Vigilância e Termo de Ajustamento

O Registro revela-se no ato ou efeito de “registrar, inscrever em determinadorol, lançar em um livro especial, com a finalidade de tê-lo em memória”.⁴⁶¹ Conforme o Decreto nº 3.551/2000, que institui o “Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial”,⁴⁶² ele figura como um instrumento de “preservação, reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial brasileiro”, integrado pelos bens que contribuíram para formar a nossa sociedade e que são consagrados por ela. A citada norma ainda criou o Programa Nacional de Patrimônio Imaterial.

Embora seja um instrumento preferencialmente voltado à proteção de bens imateriais, entendemos que também pode ser usado para os materiais. Exemplos práticos verificamos na Lei nº 3.924/1961,⁴⁶³ ao prever o cadastro de monumentos arqueológicos, com o registro de todas as jazidas. E na Lei Estadual do RS nº 11.929/2003, que institui o churrasco como "prato típico" e o chimarrão como "bebida símbolo" estadual.

Com efeito, o registro tem sido considerado o instrumento ideal para listar e salvaguardar bens que possuam um caráter especial e dinâmico, notadamente do patrimônio imaterial. O objetivo é produzir e armazenar o conhecimento sobre tais bens, os quais recebem o título de Patrimônio Cultural do Brasil e são inscritos num

⁴⁶¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*, 1986; e RICHTER, Rui Arno. *Omissão do Poder Público na Gestão do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público da Defesa do Patrimônio Cultural, Goiânia, 2003, p. 74-5.

⁴⁶² Sobre o tema ver GALVÃO, Fernando. Defesa do patrimônio cultural imaterial. In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, op. cit., p. 113-125.

⁴⁶³ Lei nº 3.924: “Art. 27. A Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional manterá um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, no qual serão registradas todas as jazidas manifestadas, de acordo com o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via”.

dos Livros de Registro: Celebrações, Lugares, Saberes e Formas de Expressão.⁴⁶⁴ Contudo, não se trata de rol exaustivo, já que o art. 1º, §3º, do Decreto nº 3.551/2000, autoriza a abertura de outros livros.

Interessante pontuar é que a norma brasileira está em consonância com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural da Unesco de 2003,⁴⁶⁵ que conceitua este como “práticas, representações, expressões, conhecimentos e competências – bem como os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, grupos” e até indivíduos “reconhecem como fazendo parte do seu patrimônio cultural.”

Enquanto meio preferencial para a tutela do patrimônio imaterial, o seu principal foco está no reconhecimento de manifestações folclóricas, hábitos, práticas, lugares,⁴⁶⁶ elementos da culinária e de consumo, relações populares, credences, aspectos sociais marcantes e afins, que possuam um laço de referência cultural e de reiteração por parte de determinado núcleo da sociedade. Inclusive, além dos órgãos públicos, possuem legitimidade para postular a instauração do procedimento de registro, sociedades, organizações e associações civis.

Diante do que, apesar de menos usual e conhecido, é inegável a sua valia como instrumento de tutela do patrimônio cultural, especialmente o imaterial, já que o objetivo da lei é que se promova e proteja tal categoria de bens, os quais foram contemplados por expresse no art. 216, §1º, da CF.

Já o Arrolamento poderia ser comparado a um pequeno e mais célere inventário, no qual está relacionado a uma série de bens culturais de interesse, que passam a integrar uma determinada lista, a qual reconhece a importância dos objetos arrolados. Uma das principais diferenças diante do Inventário, é que esse se constitui num levantamento sistemático de certos bens, com informações mais completas, para fins de ciência e de tutela de uma determinada cultura. Enquanto

⁴⁶⁴ Ver <www.iphan.org.br>, no qual consta rol de Bens Tombados, Inventariados e Registrados.

⁴⁶⁵ Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf>. Acessado em: 20 jan. 2021.

⁴⁶⁶ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos de jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública e estatuto da cidade. In A ação civil pública após 20anos: efetividade e desafios, MILARÉ, Édis (Org.), São Paulo: RT, 2000, p. 287-9; e ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. Revista Brasileira de Estudos Políticos Belo Horizonte, n. 98, p. 80-2, jul.-dez. 2008.

que o Arrolamento é produzido de forma mais simples e resumida, ainda assim válido e reconhecido.

A Vigilância se manifesta pelo exercício do poder de polícia oriundo dos órgãos administrativos, no sentido de fiscalizar, monitorar, zelar e inspecionar os bens culturais.⁴⁶⁷ No âmbito legal, temos a manifestação de múnus da vigilância do patrimônio cultural no artigo 23, III e IV, da Constituição Federal.⁴⁶⁸

Também, o art. 20 do Decreto-Lei nº 25/1937 determina que os bens tombados ficam sujeitos à vigilância permanente do órgão de proteção do patrimônio cultural, o qual “poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção”, sob pena de multa.

Por fim, quando o art. 216, §1º, da Constituição Federal especifica que o *Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro também por outras formas de acautelamento e preservação*, entendemos que aqui podemos incluir o Termo de Ajustamento de Condutas.

O Termo de Ajustamento é um instrumento via de regra utilizado pelo Ministério Público e com amparo na Lei da Ação Civil Pública.⁴⁶⁹ Ele é uma ferramenta de “extrema importância em termos de proteção de interesses difusos, permitindo a rápida solução extrajudicial dos conflitos, possibilitando a tutela do patrimônio cultural lesado ou ameaçado”. Inclusive com a possibilidade de ser obter

⁴⁶⁷ Interessante pontuar que a Carta de Cartagena de Índias sobre Proteção, Recuperação de Bens Culturais do Patrimônio Arqueológico, Histórico, Etnológico, Paleontológico e Artístico da Comunidade Andina considera a vigilância como instrumento de tutela:

“Artigo 1. A presente decisão tem por objetivo promover políticas e normas comuns para a identificação, registro, proteção, conservação, vigilância e restituição dos bens que integram o patrimônio cultural dos países da Comunidade Andina e também para conceber e pôr em prática ações que impeçam sua importação, exportação e transferência ilícita entre os países-membros e a terceiros.”

FERREIRA, Ian; FERREIRA, Adriano; ROSÁRIO, Ana Luíza do. Normas internacionais de preservação do patrimônio histórico e cultural (1931 – 2003), Rev. Ibero-americana de Patrimônio Histórico-Educativo, Campinas (SP), v. 6, p. 1-28, 2020.

⁴⁶⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

⁴⁶⁹ Lei 7.347/1985.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

“resultados mais efetivos do que aqueles oriundos das decisões judiciais”;⁴⁷⁰ além da cominação de cláusulas reparatórias e compensatórias, bem como a disposição de que os seus termos se constituem em título executivo extrajudicial, válido por si mesmo.⁴⁷¹

Trata-se de acordo entre o órgão legitimado e um ou mais ente público ou particular, no sentido de ajustar questão que diga respeito aos direitos consagrados que no presente caso está conectado aos interesses do meio ambiente, além de bens e direitos de valor cultural, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, por via dele poder-se-ia dar proteção específica de um objeto individual ou de um conjunto de patrimônio cultural, com base nos artigos 1º, III, 5º, I, 8º, §1º e 9º da Lei nº 7.347/1985, a qual dispõe sobre o inquérito civil e a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, à ordem urbanística e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na espécie, o termo assume o valor de lei entre as partes, as quais firmam um contrato que pode ser considerado inclusive um título executivo extrajudicial, sem prejuízo de poder ser oponível perante terceiros, se consagrar interesse de direito público e social cuja observância possa ser exigível.

Portanto, se pactuada a preservação de determinado bem cultural, o ajuste deve ser cumprido, sob pena de execução das cláusulas e das obrigações acessórias concernentes. Ainda, acreditamos que o termo de ajustamento é um instrumento administrativo, enquanto ato jurídico perfeito, podendo servir para embasar a tipicidade de eventual ilícito, na forma do art. 62, I, da Lei nº 9.605/1998.

4.2.5 Estatuto da Cidade, Zoneamento e Demais Instrumentos

⁴⁷⁰ CRAWFORD, Ronaldo Assis. Os principais instrumentos utilizados pelo Ministério Público na tutela do patrimônio cultural. In: Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel, op. cit., p. 268.

⁴⁷¹ OLIVEIRA, Fábio André Uema. Solução consensual de conflitos na tutela do patrimônio cultural: o compromisso de ajustamento de condutas e a restauração de bens tombados. Revista do Ministério Público do RS, nº 91, jan.-jun.2022, p. 291-2; e OLIVEIRA, Fábio André Uema. Compromisso de ajustamento de conduta: previsão legal e tomadores legitimados. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50050/compromisso-de-ajustamento-de-conduta-previsao-legal-e-tomadores-legitimados>. Acesso em 05 set. 2022.

Conforme o próprio art. 216, § 1º, da Constituição Federal, previu expressamente, é possível a utilização de outros meios para promover e preservar bens culturais. Entre estes, podemos citar a série de instrumentos alavancados pela Lei nº 10.257 de 2001, como o planejamento, o zoneamento, a preempção, o estudo de impacto ambiental, o de vizinhança e também o próprio Plano Diretor.⁴⁷²

Na espécie, tais mecanismos decorrem do Estatuto da Cidade,⁴⁷³ o qual “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º), aqui incluído os bens culturais. Para tanto, possui entre suas diretrizes a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (art. 2º, XII), além de ordenar e controlar o uso do solo.

Igualmente, relaciona como métodos da política urbana o planejamento municipal, em especial: o plano diretor; o parcelamento, o uso e a ocupação do solo; o zoneamento ambiental; além de planos, programas e projetos setoriais (art. 4º, III).⁴⁷⁴ Também, entre os seus instrumentos jurídicos e políticos, lista a

⁴⁷² BENJAMIN, Antônio Hermann (Os Princípios do Estudo do Impacto Ambiental como Limites da Discrecionabilidade Administrativa, *Revista do Ministério Público RS*, Porto Alegre, nº 27, p. 61, 1992) lista como meios (preventivos) o planejamento, o zoneamento e o estudo de impacto ambiental.

⁴⁷³ HARADA, Kiyoshi. *Direito Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor Estratégico*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2005, p. 85-93; MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 245-84; RODRIGUES, Ruben Tedeschi. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Campinas: Millenium, 2002, p. 201-22; DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁷⁴ DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL. BEM LOCALIZADO EM ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE CULTURAL DEFINIDA NO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE JÁ HAVIA INICIADO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA O TOMBAMENTO DO IMÓVEL QUANDO DA DEMOLIÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. OCORRÊNCIA. 1. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pretende a reconstrução de imóvel demolido de valor histórico e cultural objeto de proteção no plano diretor do município de Campos dos Goytacazes, porque situado em Área de Especial Interesse Cultural - AEIC, bem como indenização por dano moral coletivo, além de impor a ré que se abstenha de obter qualquer proveito econômico sobre o imóvel. 2. Ré que sustenta que o fato de o imóvel estar situado em Área de Especial Interesse Cultural não é suficiente para impor restrição à propriedade, sendo imprescindível a realização de prévio procedimento administrativo, inexistente quando da aquisição do bem. 3. O conjunto probatório demonstra que os proprietários anteriores possuíam inequívoca ciência do valor histórico e cultural do imóvel, bem como da impossibilidade de sua demolição, uma vez que realizaram pedido administrativo para efetuar a demolição, o que foi indeferido pela municipalidade. 4. Além disso, o Município já havia notificado os ex-proprietários, noticiando que o imóvel seria tombado em razão de seu valor arquitetônico, histórico e cultural, possibilitando, com isso, o exercício do contraditório e da ampla defesa. 5. Parte ré que adquiriu o imóvel no curso do procedimento de tombamento e o demoliu. 6. A ausência de restrição anotada no registro geral do imóvel não limita o alcance da legislação municipal protetiva do patrimônio urbanístico do Município, especialmente por ter a Administração municipal formalmente exteriorizado a vontade de tombamento do bem. 7. Atos do

desapropriação; as limitações administrativas; o tombamento de imóveis e mobiliário; a instituição de unidades de conservação, além das zonas especiais de interesse social (art. 4º, V).⁴⁷⁵

O zoneamento é uma “técnica ordenadora do espaço territorial, cuja intenção principal é a divisão do espaço em parcelas para efeito de estímulo, inibição ou vedação de atividades”, além de “regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas de interesse coletivo do bem-estar da população.” Tal instituto gera efeitos sobre o direito de propriedade e o direito edilício, de acordo com o princípio constitucional da função social da propriedade, com repercussões sobre a faculdade de uso e edificação.⁴⁷⁶

Temos o zoneamento urbano, ambiental (Resolução CONAMA nº 237/1997, art. 10, §1º), e industrial (Lei nº 6.803/1980). No nosso caso, o zoneamento cultural é instrumento pelo qual se reconhece o valor dos bens culturais ambientais, delimitando-se zonas de interesse histórico, arquitetônico, artístico e paisagístico. Trata-se aqui, de espécie inserida dentro do gênero zoneamento ambiental, que se constitui como uma forma de limitação administrativa e de planejamento contida nos

procedimento de tombamento, inclusive a notificação, devidamente publicados no diário oficial do município, com ampla publicidade. 8. Adquirente do imóvel que não adotou as diligências de praxe antes de efetivar a demolição, destruindo o bem sem autorização da prefeitura. 9. Além disto, a terceirização do ato de demolição não exclui ou minimiza a responsabilidade do réu pela ilicitude de sua conduta, sendo que qualquer eventual medida de regresso deve observar a via autônoma própria, o mesmo valendo em relação ao alegado silêncio doloso dos proprietários anteriores. 10. A destruição voluntária e indevida do patrimônio arquitetônico histórico, de reconhecido valor cultural, justifica a imposição de dano moral coletivo, além da obrigação de reconstruir, com as características originais, o bem demolido. 11. Não obstante a ilicitude da conduta da parte ré não é possível impedir que, cumprida a obrigação imposta no julgado, obtenha proveito econômico com o bem, observada as restrições legais, pois em caso contrário se estaria impondo pena de confisco não prevista em lei. 12. Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça/RJ, APL 0006453-13.2013.8.19.0014 RJ, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Elton Martinez Carvalho Leme, j. 10/12/2014).

⁴⁷⁵ Sobre o tema *vide* MARCHESAN, Ana Maria Marchesan. O estatuto da cidade (lei 10.257/2001) e a proteção do patrimônio cultural urbano, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 12, nº 48, p. 46- 65, out. 2007; MARCHESAN, Ana Maria Marchesan. Proteção do patrimônio cultural urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, ano 23, n. 85, p. 43-64, jul./set. 2022; CARVALHO, Ana Luisa Soares de; PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano Diretor e Proteção do Patrimônio Cultural. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *9º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005, v. 1, p. 443-57; e FREITAS, José Carlos de. A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade, In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, op. cit., p. 257-68.

⁴⁷⁶ SOUZA JÚNIOR, José Rufino. Sistema nacional de proteção ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 101.

instrumentos do plano diretor, bem como do parcelamento, uso e ocupação do solo.⁴⁷⁷

Dessa maneira, o órgão administrativo municipal estaria autorizado a reconhecer e criar “Áreas de Proteção Cultural” (APAC), nas quais são planejadas zonas especiais, onde se excetua a aplicação dos dispositivos ordinários de uso e ocupação do solo, substituindo-se por regras próprias que visam à proteção da área indicada.

Com efeito, o zoneamento cultural nasce por um projeto, numa das formas de exercício de ato administrativo, só que para a efetiva tutela – aqui incluída a criminal – dos bens arrolados neste perímetro de proteção, ele deverá transformar-se numa “lei urbanística municipal primária”.⁴⁷⁸

Logo, por via da lei de zoneamento, certas regiões da cidade serão caracterizadas como de baixo potencial construtivo, para desestimular a especulação imobiliária e incentivar a manutenção das importantes construções de época, de modo a criar, na prática, autênticas “zonas de preservação cultural”.⁴⁷⁹

Um exemplo prático na nossa visão encontra-se na Lei Estadual/RS nº 12.003/2003, que declara “integrante do patrimônio cultural do Estado área urbana e bens de valor histórico, no Município de Rio Pardo”, quando no seu artigo 2º⁴⁸⁰ enumera claramente uma determinada zona urbana da cidade e os seus respectivos limites, para enquadrar os imóveis localizados nesta poligonal, com bens culturais, pelo critério do zoneamento.

Ainda, o Estatuto das Cidades contempla o direito de preempção, o qual “confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano

⁴⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *O Direito Urbanístico Brasileiro*, 1981, p. 496; PIRES, op. cit., 1994, p. 268-9; e RABELLO, Sônia. Estatuto da Cidade e a Preservação do Patrimônio Cultural Federal: Compatibilizando a Gestão. *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005, p. 45- 50.

⁴⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 157.

⁴⁷⁹ SOUZA FILHO, op. cit., p. 100, cita o caso do centro histórico de Curitiba que, preservado por lei de zoneamento, teve alguns imóveis desapropriados para lhes dar destino cultural, revitalizando tal região. Sobre tutela urbano ambiental ver FREITAS, José Carlos de. Proteção jurídica do meio ambiente urbano. In: Leituras complementares de direito ambiental, MARQUES, Claudia Lima (Org.), Salvador: Podium, 2008, p. 197-213; e MATOS, Frederico Nunes de. A tutela do meio ambiente cultural no Estatuto da Cidade, Revista RJB, Ano 1, 2015, nº 1, p. 793-819.

⁴⁸⁰ Art. 2º - Na cidade de Rio Pardo, é declarada patrimônio cultural do Estado, nos termos e para os fins dos arts. 221, 222 e 223 da Constituição do Estado, sua área histórica, definida em poligonal com as seguintes delimitações: [...]

Parágrafo único – Consideram-se integrantes das zonas referidas neste artigo, nas delimitações por vias públicas, as glebas, os lotes e as construções que lhes sejam confrontantes.

objeto de alienação onerosa entre particulares”. E que será exercido em caso de necessidade de áreas para a “implantação de equipamentos urbanos e comunitários” (como museus), a “criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental”, além da “proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico” (artigos 25 e 26).

Também está prevista a “transferência do direito de construir”, com a finalidade de preservação, “quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural” (art. 35, *caput* e inciso III). E ainda a outorga onerosa de alteração de uso, na qual o plano diretor pode fixar áreas em que se permita a alteração de uso de solo, mediante a devida contrapartida que deverá ser prestada pelo beneficiário (art. 29).⁴⁸¹

Na mesma linha, é possível a utilização do estudo prévio de impacto ambiental e o estudo de impacto de vizinhança, sendo que este deve contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e nas proximidades, bem como em relação à paisagem urbana, o patrimônio natural e o cultural (artigos 36 a 38), entre outros fatores.

Já o estudo de impacto ambiental constitui-se no “conjunto e consequências da criação ou presença de um empreendimento sobre o ambiente”, o qual passa a requerer a realização do respectivo estudo, nos termos normativos.⁴⁸²

Tal estudo se mostra primordial diante de empreendimentos potencialmente poluidores e que possam também atingir o meio ambiente cultural, verificando os seus impactos específicos e buscando compatibilizar a equação entre desenvolvimento sustentável, o exercício das atividades econômicas e a tutela dos bens jurídicos ambientais. Assim, irá intervir diretamente na possibilidade de concessão ou de negativa de licenças, de modo a representar uma forma (ainda que

⁴⁸¹ PIRES, Maria Coeli Simões. Direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 174.

⁴⁸² FRIDEL, Henri, *apud* CAPPELLI, Sílvia. Estudo do Impacto Ambiental na Realidade Brasileira, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 27, p. 51-2, 1992. Ver ainda ROCHA, João C. de Carvalho. Estudo Prévio de Impacto Ambiental, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 27, p. 139; ÁVILA, Elna Leite; ALMEIDA, Ione Monteiro. O Estudo do Impacto Ambiental. Licenciamento. Responsabilidade Criminal, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 27, p. 179; e MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio cultural: um aspecto negligenciado nos estudos de impacto ambiental. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 24, p. 63-68, jun./jul. 2009.

indireta) de garantir a não degradação do meio ambiente cultural, vindo a individualizá-lo claramente e, então, protegê-lo.⁴⁸³

Trata-se inclusive de uma “exigência constitucional a ser necessariamente observada no plano de promoção e proteção do patrimônio cultural, em face da natureza jurídica de bem ambiental que os bens culturais apresentam”, o que se justifica em face dos deveres de “acautelamento e preservação destinada a promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro através da atuação do Poder Público e evidentemente da comunidade”.⁴⁸⁴ De modo que a construção, a instalação, a ampliação, o funcionamento, e mesmo a reforma ou supressão parcial, que possam afetar o meio ambiente e o patrimônio cultural, devem necessariamente ser submetidas ao estudo prévio de impacto ambiental.

Temos ainda o Plano Diretor, que nos termos do art. 40 do Estatuto da Cidade “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, o qual é obrigatório, por exemplo, para cidades “integrantes de áreas de especial interesse turístico” e inseridas em área de “significativo impacto ambiental”. Opera ele como um conjunto de propostas para o desenvolvimento e “organização espacial dos usos do solo urbano, das redes de infraestrutura e de elementos fundamentais da estrutura” da cidade,⁴⁸⁵ definido em lei.

Outra figura prevista no Estatuto das Cidades é a Operação Urbana Consorciada (OUC), a qual, de acordo com o seu art. 32, § 1º, consiste em um “conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados”, o seu objetivo é de que em determinada área sejam atingidas

⁴⁸³ REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural*. São Paulo: J. Oliveira, 2004, p. 114; e OLIVEIRA, Giselle Ribeiro de. Aspectos de patrimônio cultural na avaliação de impactos ambientais, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 90, jul-dez. 2021, p.

⁴⁸⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio cultural em face do direito ambiental constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99. Ver MIRANDA, 2021, p. 144-149.

⁴⁸⁵ VILLAÇA, Flávio. *Dilemas do Plano Diretor*. In: CEPAM. O Município no Século XXI: Cenários e Perspectivas. São Paulo: Fundação Pref. Faria Lima – Cepam, 1999, p. 237-247. Para MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Fundamentos e institutos jurídicos para a salvaguarda dos valores divisores e muros de pedra históricos. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 87, dez.-jan. 2020, p. 128, o plano diretor “é o instrumento básico do processo de planejamento municipal e deve englobar o território municipal como um todo.

transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.⁴⁸⁶

Também, cita-se o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), instituído pelo Decreto nº 4.297/2002 (ver Lei nº 6.938/81), o qual é obrigatório para a implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelecendo medidas e padrões de proteção ambiental para a preservação do meio, dos recursos hídricos, do solo e da biodiversidade, dentro da organização do território e o desenvolvimento sustentável.⁴⁸⁷

Ainda, cumpre anotar o advento de outras normas posteriores, como a Lei nº 11.578/2007 e seus Decretos dispondo sobre o chamado “PAC das Cidades Históricas”, e a Lei nº 13.116/2015, que ao tratar da implantação de infraestrutura de telecomunicações, determina como diretriz no seu art. 2º, II, “à minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais”.

Nesse contexto, é relevante salientar que a Lei nº 12.651/2012, Código Florestal, no seu art. 6º, V, considera como de preservação permanente as áreas destinadas a “proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico”. E que a Lei nº 13.089/2015, denominada Estatuto da Metrópole demarca normas e diretrizes gerais para o planejamento, a gestão, a execução e o

⁴⁸⁶ MARCHESAN, Proteção do patrimônio cultural urbano à luz do Estatuto da Cidade, (Lei nº 10.257/2001), op. cit., p. 59, explica que: “A utilização da OUC permite ao poder público lançar mão de suas prerrogativas legais para atuar de forma proativa na implementação da política urbana com foco no desenvolvimento sustentável e valorização ambiental, não deixando de fora, portanto, a valorização e preservação do patrimônio cultural”.

⁴⁸⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MUNICÍPIO DE PERUÍBE/SP - INSTALAÇÃO DE PORTO COMERCIAL E COMPLEXO INDUSTRIAL EM ZONA ESPECIAL DE RESERVA FLORESTAL BIOLÓGICA, ESPAÇO TERRITORIAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO PELOS ARTIGOS 115 E 116 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 100/2007 (PLANO DIRETOR LOCAL) - INTERVENÇÃO QUE DEPENDE DA ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR, SENDO IMPRESCINDÍVEIS A ELABORAÇÃO DE PRÉVIOS ESTUDOS A DEMONSTRAR QUE A ATIVIDADE PROPOSTA NÃO COMPROMETE A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS QUE JUSTIFICAM A PRESERVAÇÃO DA ÁREA, PARECER DO CONSELHO DA CIDADE, E CONVOCAÇÃO DE ASSEMBLÉIAS E AUDIÊNCIA PÚBLICAS. Manobras políticas da ex-prefeita para, ao arripio da lei e de qualquer postulado ético, alterar as diretrizes do macrozoneamento da área e instituir um plano de urbanização para o local, sem observância do procedimento previsto no plano diretor, da legislação ambiental e dos princípios da administração pública previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Ilegalidade e desvio de poder das ações e omissões perpetradas pela municipalidade, na figura de sua ex-prefeita, caracterizando a prática de ato visando fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência. Recursos providos, para condenar a ex-prefeita às penas da Lei nº 8.429/92 e declarar a nulidade de decretos municipais que instrumentalizaram os atos de improbidade. (Tribunal de Justiça/SP. AP. 0004508-49.2008.8.26.0441, Câmara Reservada Meio Ambiente, Relator: Renato Nalini, j. 3/3/2011).

desenvolvimento integrado das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas.⁴⁸⁸

Destarte, o mais relevante para fins penais, é que ao utilizar-se dos vários instrumentos de tutela analisados – seja por ato administrativo, lei ou decisão judicial – o bem reste individualizado, a sua proteção esteja expressa e ocorra a publicidade. De modo que o objeto, que até então gozava de posição ordinária, passe a oficialmente figurar na categoria de “bem especialmente protegido”, diferenciando-o dos demais.

Dessa forma, dar-se-á sentido ao comando constitucional quando prevê “outras formas de acautelamento e preservação” do patrimônio cultural. O que, no caso, revela-se a partir de institutos de direito urbanístico e ambiental, os quais, ao reconhecerem a importância de determinado objeto como bem cultural, adicionam ao seu manto de tutela a mais aguda forma de proteção que é justamente a da norma criminal.

Inclusive, a posição em pauta se coaduna com o *princípio pro monumento* e com os vetores expressos na Convenção da Unesco de Paris em 1972,⁴⁸⁹ incorporada ao nosso sistema pelo Decreto nº 80.978/1977, no sentido de que o fato de um bem do patrimônio cultural ou natural não ter sido incluído em alguma lista – ou seja, não ter sido tombado, inventariado ou arrolado –, não significa que ele não tenha o seu valor.

Desde que, é claro, a sua importância tenha sido reconhecida e formalizada por algum dos outros meios legais de tutela cultural, que distingam a sua valia e o elevem a categoria singular e invulgar de “bem especialmente protegido”. Entretanto, caso cessar esta condição que lhe confere uma nota de especialidade, restam eliminados os efeitos de caráter penal, os quais sempre retroagem em benefício do agente, ainda que permaneçam outras implicações de ordem civil e administrativa.

⁴⁸⁸ Também, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), prevê no seu art. 42, § 2º, que o “poder público deve adotar soluções destinadas à eliminação, à redução ou à superação de barreiras para a promoção do acesso a todo patrimônio cultural, observadas as normas de acessibilidade, ambientais e de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.

⁴⁸⁹ Prevê o seu art. 12: “O fato de que um bem do patrimônio cultural ou natural não haja sido incluído numa ou outra das duas listas mencionadas [...] não significará, em absoluto, que ele não tenha valor universal excepcional para fins distintos dos que resultam da inclusão nessas listas.”

4.3 DA DECISÃO JUDICIAL

O reconhecimento da importância da preservação do patrimônio cultural é tão relevante em nosso sistema, que se constitui em ponto pacificado o entendimento de que a “responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural pauta-se pela teoria da responsabilidade objetiva”, na qual bastaria a lesão “para provocar a tutela judicial”.⁴⁹⁰ De onde, entendemos que a responsabilidade civil por dano ao ambiente e ao meio cultural independente tanto de dolo, como de culpa.

Igualmente, considerando-se que tal categoria de bens atende à definição e aos propósitos de interesses difusos e coletivos, tem-se que o dever estatal de proteção é tamanho, que a omissão dos agentes públicos na sua defesa e conservação possui o condão de configurar até ato de improbidade administrativa.⁴⁹¹ Ou seja, na presença de bem cultural de notável relevo, o descaso do administrador, seja municipal, estadual ou federal, em exercer a devida tutela e contemplar o objeto com o título de proteção, pode desencadear as medidas previstas da Lei nº 8.429/92.

Na espécie, caso não haja o reconhecimento oficial de determinado bem cultural, seja por ato administrativo ou legislativo, cabe invocar-se a tutela judicial para a sua preservação.⁴⁹² Ocorre que, ao incumbir o Poder Público de promover o

⁴⁹⁰ MILARÉ, Édis, op. cit., p. 416. Com efeito, BENJAMIN, Antônio Hermann. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, nº 9, p. 24-5, jan./mar. 1998; e FINK, Roberto Daniel. *Meio Ambiente Cultural: Regime Jurídico da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51, anotam que tal responsabilidade independe de culpa. Ver ainda MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Responsabilidade Civil pelos Danos ao Meio Ambiente Cultural no Direito Brasileiro. In: *Dano ambiental na sociedade de risco* FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315-386.

⁴⁹¹ RICHTER, op. cit., p. 79-80. Ver também CASTRO, Sônia Rabello de. *O estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, 35-40; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004; e MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 32 ed., Salvador: Juspodivm, 2001, p. 241-3.

⁴⁹² AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECUPERAÇÃO. BEM DE VALOR CULTURA, HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO. "ARMAZÉM MACEDO". RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA: UNIÃO, IPHAN, MUNICÍPIO DE ANTONINA E PARTICULAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. LEGITIMIDADE. RESPONSABILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA À LUZ DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO A QUO CONFORME PRECEDENTES ANÁLOGOS DO STJ. I - O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra o Estado do Paraná, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, o Município de Antonina e João Norberto Franca Gomes, objetivando a adoção de medidas para a declaração do valor cultural, histórico e arquitetônico do antigo Armazém Portuário Antonio Ribeiro de Macedo, imóvel construído em terreno de marinha e de propriedade da União. II - A ação foi julgada parcialmente procedente, condenando os réus, de forma solidária, a adotarem medidas necessárias à

proteger o Patrimônio Cultural do país, o comando do art. 216 da Carta Magna não se restringiu apenas ao órgão executivo, mas envolveu os entes federados e os Poderes do Estado.

Assim, desenvolveu mecanismos pelos quais também caberá ao Judiciário – com a intervenção do Ministério Público e a participação da sociedade –, o reconhecimento e a tutela do nosso patrimônio cultural. De onde, caso verificada a omissão nos deveres para com esta categoria de bens culturais, torna-se necessária a invocação da tutela judicial, para que o Poder Judiciário declare que determinado objeto é, sim, digno e merecedor de ser especialmente protegido.⁴⁹³

O primeiro instrumento para se atingir tal fim foi a Ação Popular. Disciplinada na Lei nº 4.717/65 ela outorga a qualquer cidadão pleitear providências judiciais referentes a atos lesivos ao patrimônio público, aí considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico, conforme o art. 1º, § 1º, e demais cânones.

No caso, a sua finalidade como fonte de proteção ao nosso patrimônio cultural (como parte integrante do ambiental) restou contemplada no art. 5º, LXXXIII, da CF

elaboração e execução de projeto para a recuperação e conservação do referido imóvel, decisão mantida, em grau recursal, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (STJ, REsp 1803871 / PR, Recurso Especial 2019/0075294-0, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 07/04/2021)

⁴⁹³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO MUNICIPAL. OMISSÃO DO MUNICÍPIO NO DEVER DE PROTEÇÃO. OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO MUNICÍPIO EM SENTENÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Não há falar em ilegitimidade do Ministério Público para atuar na proteção dos interesses relativos ao patrimônio artístico e histórico, tampouco em impossibilidade de o Judiciário apreciar ações como a presente, sobretudo porque o controle judicial dos atos administrativos é um controle finalístico, que não caracteriza interferência na discricionariedade administrativa. Preliminar de carência de ação rejeitada. 2. A alegação de inconstitucionalidade ventilada pelo município apelante e reconhecida em sentença, não caracteriza questão prejudicial no caso em tela, tendo em conta o valor histórico do imóvel objeto da lide, bem como os dispositivos constitucionais que exigem do Estado deveres de proteção para com o patrimônio histórico, notadamente os artigos 215, 216, caput, inciso IV e § 1º, da Constituição Federal; e os artigos 196, 220, 221 e 222 da Constituição do Estado. 3. Em situações tais, quando maculado o núcleo duro de um dever de proteção, em decorrência da omissão flagrante do ente público em salvaguardar o bem histórico tutelado, abre-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar medidas para a conservação do bem. Nisso não há qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes, ou mesmo adoção pelo Judiciário de uma política pública de preservação histórico-cultural para o bem municipal tutelado na presente ação. 4. A alegação de ausência de previsão orçamentária para a adequada manutenção do imóvel não exime o Município apelante do seu dever de proteção, que decorre, sobretudo, de fundamento constitucional. 5. Por fim, mesmo que a Municipalidade tenha demonstrado que adotou iniciativas para captação de recursos para a recuperação do imóvel, indicando a disposição política atual para cumprimento do dever de proteção que se impõe ao Município apelante - já que o imóvel de valor histórico objeto da lide lhe pertence - não há justificativa plausível para afastar as obrigações ou mesmo dilatar os prazos fixados em sentença, que se mostram plenamente factíveis. (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível Nº 70058384413, 2ª Câmara Cível, Relator: Dra. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 25/02/2015).

de 1988, ao dispor que: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”

O segundo mecanismo é o da Ação Civil Pública, instituída pela Lei nº 7.347/85. Trata-se este de um remédio inovador que permitiu a participação da sociedade civil na tutela de situações que versam sobre interesses não individualizados, mas impessoais ou difusos. Por meio dele busca-se a responsabilidade, a reparação e a proteção (inclusive em sede cautelar) para os danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor cultural, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, conforme reiteradas decisões.

Nesta linha, são operados os vários princípios incidentes sobre o Patrimônio Cultural, buscando por via judicial viabilizar mecanismos efetivos que venham a evitar, mitigar e indenizar o dano, reparar ou reconstituir o objeto lesado, declarar a situação jurídica do bem, cumprir obrigações de fazer e/ou não fazer e compensações.

Na espécie a titularidade deste tipo de ação é exercida preponderantemente pelo Ministério Público, mas também por outros órgãos elencados nos artigos 1º e 5º. Salienta-se que o manuseio de tal remédio foi acolhido pela Constituição Federal, ao outorgar ao Ministério Público a atribuição de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (artigos 127, *caput*, e 129, III).

Da mesma forma, na lição de Richter (2004), também é “possível a utilização do mandado de segurança coletivo para a invocação da tutela jurisdicional em defesa do Patrimônio Cultural”. Desde que presentes os requisitos do ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder, e lesão ou ameaça de lesão a direito e certo, que pode ser individual, coletivo ou difuso, nos termos do art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal.⁴⁹⁴

Por fim, invocando o disposto no art. 5º, LXXI, da Carta Magna, Reisewitz (2004) argumenta que sempre que um direito fundamental, “como a preservação do

⁴⁹⁴ RICHTER, op. cit., p. 83-5. Ver STJ, RESP 586307, MT, 1ª Turma, Rel. Min, Luiz Fux, j. 14/9/2004.

patrimônio cultural, não pode ser exercido por falta de regulamentação, torna-se legítima a concessão do Mandado de Injunção que viabilize, no caso concreto, o seu exercício”. O que pode ser aplicado aqui para institutos ainda não regulamentados, como é o caso do inventário, apesar da sua previsão no art. 216 da CF.⁴⁹⁵

Dessa forma, o objetivo do manuseio de tais atos processuais é a decisão judicial (por meio do pronunciamento do Juiz singular ou Tribunal), seja de caráter interlocutório ou definitivo, e que venha a conferir uma tutela apropriada e eficiente ao patrimônio cultural, inclusive para fins de configuração do delito.

Neste lastro, conforme Constantino, trata-se aqui de “um simples princípio de Direito: onde a lei não distingue, nem nós (os aplicadores) podemos distinguir – o Legislador disse apenas *decisão judicial* e não decisão judicial *transitada em julgado*”,⁴⁹⁶ o que se verifica da mera leitura do art. 62, I, da Lei dos Crimes Ambientais.

Assim, não se exige que a proteção judicial resulte de decisão transitada, já que medidas cautelares, liminares e antecipatórias são suficientes, pois estão justificadas na necessidade de preservar o bem cultural, evitando que se burle a finalidade do ato pelo perecimento do objeto no curso do processo. De onde, os instrumentos da chamada Tutela Provisória do novo CPC e a mera sentença já são suficientes para completar o ciclo do tipo penal, ainda que não posta a coisa julgada.⁴⁹⁷

Com efeito, dita decisão judicial deve ser interpretada como alcançando não apenas a sentença definitiva, mas as demais modalidades decisórias previstas em lei (artigos 294 a 311 e artigos 485 a 508 do CPC, e artigos 12 e 21 da Lei nº 7.347/85). Afinal, do contrário, o legislador teria previsto expressamente apenas a sentença, hipótese em que se daria a oportunidade, “mesmo na vigência de decisão

⁴⁹⁵ REISEWITZ, Lúcia, op. cit., p. 113. Vide BARRETO JÚNIOR, Luiz Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do poder público no dever de proteção ao patrimônio cultural. In *O ministério público e a proteção do patrimônio cultural*, Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004, p. 147-63; e MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas pública. In *Ação civil pública após 25 anos*, MILARÉ, Édis (Org.), São Paulo: RT, 2010, p. 853-70.

⁴⁹⁶ CONSTANTINO, op. cit., p. 206.

⁴⁹⁷ LECEY, Eládio, *Crimes Contra o Patrimônio Cultural e o Ordenamento Territorial e Urbano na Lei nº 9.605/98*. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 47, 2007, p. 42-57, aduz que como “a norma penal não restringe, a declaração pode decorrer de qualquer decisão judicial, sentença, liminar, ou antecipatória.” Na mesma linha COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural – Alguns Aspectos, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, ano II, n. 9, p. 161-84, out./dez. 2003, ao não se exigir que a tutela resulte de decisão final.

interlocutória, a quem se opusesse à proteção cultural pretendida, de destruir, inutilizar ou deteriorar o bem cultural” antes do trânsito em julgado definitivo, minando o objetivo de proteção.⁴⁹⁸

Na verdade, tal posição que confere tutela ao bem a partir da decisão judicial é a que mais atende ao espírito do legislador, com o fito de promover e preservar o patrimônio cultural – de acordo com a lei maior e em consonância com o art. 10 do DL nº 25/37, o qual confere ao tombamento provisório os efeitos de definitivo. Já que, do contrário, dar-se-ia azo “a quem se opusesse à proteção cultural pretendida tornar fato consumado a destruição, a inutilização ou a deterioração” do objeto.⁴⁹⁹ Portanto, se diferente fosse, tão logo lançada a primeira decisão protetiva nos autos, a parte adversa, sentido o risco de a sua pretensão ser ao final denegada, poderia, desde já, praticar atos atentatórios contra o bem, segura que não seria responsabilizada administrativa, civil ou criminalmente enquanto não houvesse transitado em julgado. Decisão que, infelizmente, poderia advir tarde demais, quando o bem já estivesse deteriorado ou, pior, quando não mais existisse o objeto para conservar. Soma-se a isto, ainda, o fato de que autor do dano restaria isento dessa infração.

Igualmente, tal forma antecipatória supre outrossim a omissão do Poder Público, inclusive, evitando que algum administrador deixe de tomar ou de inventariar algum bem, seja por negligência, por ambicionar o seu perecimento ou mesmo por pretender a sua futura alteração ou destruição. Situações estas reprováveis e que não se coadunam com o interesse coletivo de proteção de tais objetos.

⁴⁹⁸ RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 83-4; para quem “cresce a relevância da questão terminológica, neste passo, na medida em que a invocação da tutela jurisdicional civil em defesa de bem de valor cultural não tombado ocorre, no mais das vezes, quando tal bem se encontra sob o risco iminente de destruição ou descaracterização, por ato ou omissão do próprio Poder Público ou de particular. Assim, nestas hipóteses, somente se apresenta de forma eficiente a atuação judiciária se concedida alguma das modalidades de tutela de urgência (liminar em ação civil pública, medida cautelar, antecipação de tutela) antes da destruição ou descaracterização do bem em foco, o que pressupõe não se pode aguardar o termo final do processo e a prolação da sentença para só então exigir dos demandados a abstenção de alterar, destruir ou deteriorar o bem cultural em situação de risco”.

⁴⁹⁹ MACHADO, 1999, op. cit., p. 770. *Vide* ainda, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 75; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos; TEIXEIRA, Regina Alves. Danos Contra o Patrimônio Histórico e Cultural e seus Instrumentos Normativos de Tutela: Estudo de Caso a Partir de uma Ação Civil Pública, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 3, n. 1, p. 144-59, 2016; e MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Tutela Judicial do Patrimônio Cultural. In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, op. cit., p. 127-141.

Além disso, a decisão judicial tem por si mesmo o valor de título apto a caracterizar o bem protegido como patrimônio cultural, sendo que o devido ato de “inscrição é prescindível para a preservação e proteção do bem tuteladojurisdicionalmente, uma vez que a coisa julgada produz efeito *erga omnes*, atingindo desta forma toda a coletividade”. Ainda assim, o tombamento só irá atingir a sua plenitude formal e exaurimento a partir do registro do bem eleito no respectivo Livro Tombo, embora ele desde já esteja tutelado pela autoridade da coisa julgada.⁵⁰⁰

Outrossim, a “reforma da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo que estipulou o regime de proteção especial implica a destipificação da conduta, operando efeitos favoráveis ao agente, a qualquer tempo.”⁵⁰¹ Nessa hipótese, sobrevindo decisão judicial que retire do objeto a qualidade de “bem especialmente protegido”, estará desfeita a relação de tipicidade da conduta com a descrição do art. 62, I, da LCA, retroagindo tal circunstância para beneficiar o sujeito.

Com efeito, além dos casos em que a proteção judicial é formulada no interesse direto da sociedade, é possível ainda que o proprietário do bem a requeira, diante da inércia do Poder Público, que poderia tutelar o objeto com atos como o tombamento. Também, o processo litigioso pode ainda ser utilizado pela parte que se sentir inconformada com o ato administrativo de proteção, vindo então a buscar o Poder Judiciário para desconstituir tal ato e dirimir o conflito.⁵⁰²

De qualquer modo, a utilização dos instrumentos judiciais constitui-se numa importante forma de preservação do patrimônio cultural, seja no sentido de determinar que o objeto receba nota específica de proteção ou para evitar que o

⁵⁰⁰ FIORILLO; FERREIRA, op. cit., p 93.

⁵⁰¹ COSTA NETO, *et. al.* Crimes e Infrações Administrativas e Ambientais. Comentários à Lei nº 9.605/98. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2001, p. 355. E FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões Sobre a Proteção Penal do Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 88-113, jan./jun. 2015, para quem deve ser reconhecida extinta a punibilidade, retroagindo tal como quando a lei não mais considera um fato ilícito.

⁵⁰² SOUZA FILHO, op. cit., p. 89, cita a decisão do STF em 17 de junho de 1942, na Apelação Civil 7.377. Idem, SANTOS, Saint-Clair Honorato. *Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá 2005, p. 134, ao citar o caso do tombamento do prédio do “Arco do Teles”, no qual a discussão sobre a legalidade de tal ato foi levada ao STF, vindo este a firmar que o Decreto-lei nº 25/37 não ofendia a Constituição, sendo possível tombare bens particulares compulsoriamente. Esta decisão tornou definitiva a tutela que já incidia sobre o imóvel. Ver ainda, MARCHESAN, Ana Maria Moreira, “Comentários ao Acórdão na Apelação nº 7.377 no Supremo Tribunal Federal: Data do Julgamento: 17.06.1942”, in: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Julgamentos Históricos do Direito Ambiental*. Campinas: Millennium, 2010. p. 1-14.

bem já assinalado como relevante sofre ataques que o descaracterizem ou levem ao seu perecimento.⁵⁰³

Por fim, é possível também a utilização das ações judiciais a título reparatório e compensatório quando diante de prejuízo ao patrimônio cultural a coletividade venha a ser afetada quanto aos seus valores imateriais, configurando uma ofensa destacada significância, além dos limites da tolerabilidade social, afrontando a aceitabilidade e a tranquilidade comum, em situação geradora de um autêntico dano moral coletivo em decorrência de lesão ao meio ambiente cultural.⁵⁰⁴

No presente capítulo a conclusão a que chegamos é que, apesar de o nosso sistema prever normas de proteção, trata-se de uma teia desordenada e até mesmo desatualizada, que não atende às necessidades dos tempos presentes e dos desafios futuros que envolve o patrimônio cultural, junto com a sua necessidade de preservação e fruição.

O ideal seria que tal arcabouço fosse atualizado, reunido e sistematizado em norma única, com caráter de Estatuto do Patrimônio Cultural, contendo todos seus instrumentos protetivos, integradas pelas três esferas do poder público e oriundos dos três poderes, com a participação ativa do Ministério Público.

Da mesma forma, os únicos quatro tipos penais deveriam passar por uma incrementação, envolvendo novas formas de tutela e objetos (como os ligados aos bens móveis e à proteção das belas artes), o recebimento de uma proteção também disponível por via dos crimes contra o patrimônio, além de uma necessidade de maior modulação das sanções, as quais se mostram por demais insuficientes, sempre sujeitas à justiça negocial e muito distante do patamar que foi adotado em termos de delitos patrimoniais.

⁵⁰³ Sobre o tema ver FLACH, Michael Schneider. A Intervenção Estatal no Direito de Propriedade, *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Caxias do Sul, ano V, nº 18, jun. 2018.

⁵⁰⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizibilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, op. cit., p. 117.

PARTE II – O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

1 DA TUTELA PENAL

A relevância da questão ambiental na ordem jurídica presente e a urgência de intensificar-se a conservação e a defesa do amplo patrimônio natural justificam a tutela penal dos bens culturais. Assim, mostrou-se de grande relevo a decisão do constituinte em contemplar a proteção ambiental de forma autônoma e direta, deixando este de ser um bem jurídico *per accidens*, para ser elevado à categoria de bem *per se*.⁵⁰⁵

A partir disto, o meio e o ambiente cultural foram reconhecidos como bens jurídicos de caráter supraindividual, difuso e adequados ao livre desenvolvimento do ser humano, visando à proteção e à melhora de sua qualidade de vida. Tal circunstância veio a traduzir-se no direito à preservação dos recursos ambientais, sobre os quais recaem interesses que transcendem a esfera individual – já que a degradação atinge um incontável número de pessoas, e a preservação beneficia tantas outras.⁵⁰⁶

De onde, formou-se todo um aparato protetivo que alcança o patrimônio cultural, aqui inserido em decorrência dos seus valores ligados à memória, à identidade nacional, à soberania, à construção da cidadania ao futuro do homem, às

⁵⁰⁵ MILARÉ, op., cit., p. 180-6. MACHADO, Paulo Affonso Leme (Crimes Ambientais, *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 23, p. 61, 1990) já dizia ser insuficiente a “punição civil e administrativa do dano ambiental”. Ao mesmo tempo em que DELMAS-MARTY, Mireille (Os Grandes Sistemas de Política Criminal. Barueri: Manole, 2004, p. 4) observa que “Enquanto se tratar de direito penal, de fato, o campo está juridicamente delimitado: é ‘penal’ tudo o que o legislador qualifica como tal”. Conforme HASSEMER, Winfried. A Preservação do Ambiente pelo Direito Penal. Tradução Carlos Eduardo Vanconcelos, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 6, nº 12, p. 213-28, 1998, “só devemos consentir que permaneçam com relevo penal aqueles fatos cuja ilicitude não dependa de configurações extrapenais, ademais variáveis. Assim sendo, é indiscutível que o direito penal deva continuar a garantir a tutela dos bens jurídicos clássicos, cuja integridade é também alvo de ameaça por força dos atentados contra o meio ambiente.”

⁵⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 133; e PRADO, Luiz Regis *et al.* Crimes Contra o Patrimônio Cultural, *Revista dos Tribunais, Ciências Penais*. São Paulo, vol. 4, p. 165, jan. 2006; MILARÉ, op., cit., p. 180-6. E REISEWITZ, op. cit., p. 48- 55 e 59-64, conceituando o direito ambiental como o “conjunto de normas jurídicas que regem a preservação, melhoria ou recuperação do ambiente”, para “garantir a qualidade de vida humana e a manutenção da vida em todas as suas formas”. Ver também FAZOLLI, Silvio Alexandre. Por uma tutela coletiva diferenciada do bem jurídico-ambiental. In: Dano Ambiental na Sociedade de Risco, op. cit., p. 361-86.

formas de expressão deste e inclusive aos componentes estéticos.⁵⁰⁷ Tem-se aqui a proteção de bens culturalmente relevantes para a sociedade, em razão da sua valia cultural, histórica, artística, arquitetônica, científica, documental, etnográfica, estética, turística, monumental, paisagística e natural.

Em virtude disso, a importância das citadas categorias conduziu os bens culturais ao reconhecimento e previsão específica na Carta Magna. Vindo a outorgar-lhes formas mais amplas de reconhecimento e de tutela, indo muito além do tradicional tombamento. Como um dos principais efeitos das circunstâncias referidas, tem-se que agora os objetos culturais de caráter especial passam a gozar de uma proteção mais larga e especificada, de modo a contar com tipos penais próprios mais específicos, os quais superam as pretéritas e já defasadas figuras inscritas no Código Penal.⁵⁰⁸

Na espécie, a legitimação da tutela penal dos bens culturais não está dirigida para o enfoque da *propriedade* (individual), mas, sim, para a *função social* (coletivo) do objeto e a sua representatividade, a qual assume caráter imaterial e suprapatrimonial, versando sobre bens jurídicos de teor fundamental e que requerem tal intervenção.

Ocorre que, em determinadas condições, o direito penal é um instrumento de proteção de bens jurídicos. Diante do que, pretendemos demonstrar aqui que o patrimônio cultural é digno e necessitado de tutela penal. E não apenas isto, mas de uma proteção que atenda à grandeza do bem e ao seu gabarito constitucional, por via do qual foi determinado um mandado de criminalização, o qual deve ser atendido na sua plenitude e de forma eficiente.

Portanto, não resta dúvida sobre a legitimidade e a exigência da proteção penal, de todo adequada, necessária e proporcional na forma com que está

⁵⁰⁷ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela Penal do Patrimônio Cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62, 115-6. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 206. Para PIRES, op. cit., p. 279, “o patrimônio cultural brasileiro constitui-se das riquezas absorvidas pelo universo cultural, seja de forma material ou imaterial, seja de domínio público, privado ou eclesiástico, apresentando-se tanto individualmente como em conjunto, em virtude do seu valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico, com formas de proteção definida em lei.”

⁵⁰⁸ Sobre o nexo entre bens jurídico, direito penal e constituição, FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Ano 10, nº 18, p. 201-233, 2010; e FLACH, Michael Schneider. A Relação entre Bem Jurídico-Penal e Constituição, *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 45-63, jan./jun. 2010.

contemplada. E, tudo isso, para que haja uma tutela suficiente e eficiente de tais categorias, cujo largo valor e interesse absoluto não são apenas do tempo presente, mas vêm projetados por meio do passado e se irradiam para o futuro.

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO

A proteção penal e constitucional dos bens culturais incide tendo em conta que estamos diante de bens universais, de interesse coletivo e difuso pertencente ao conjunto de cidadãos e que são irrepetíveis e não intercambiáveis. Aqui, o bem jurídico tutelado está conectado aos valores que o objeto cultural representa e da função sociocultural que eles desempenham, independente da sua materialidade, do seu valor econômico e do tipo de ataques que possa sofrer.

Para melhor compreender o bem jurídico em pauta que a norma penal tutela, cumpre trazer à colocação alguns conceitos e lições a respeito. Contudo, adverte-se que o rol doravante apresentado inscreve-se a título expositivo, sem a pretensão de esgotar a matéria, ou mesmo preterir – de forma direta e terminativa – algum conceito em relação a outro.⁵⁰⁹

De início, conforme registra Mir Puig, é com Birnbaum, em meados do século XIX, que o bem jurídico ingressa no conceito de direito penal. A partir deste marco tal instituto mereceu a apreciação de outros autores, tendo Binding delineado que o bem jurídico é criado pelo direito, o qual elege os objetos que, na opinião do legislador, merecem proteção.

Com efeito, a conclusão de Mir Puig é que o bem jurídico será só aquilo que mereça ser protegido pela lei penal; que o seu conceito capaz de limitar o legislador não deve ser buscado na realidade naturalística, nem na valoração subjetivo moral; mas no terreno do social, para o correto funcionamento dos sistemas sociais e as concretas possibilidades de participação dos indivíduos. E, por fim, que no fundamento funcional dos limites do *jus puniendi* está a defesa da sociedade, de modo que ele não pode ser exercido além do absolutamente necessário, dentro dos

⁵⁰⁹ Para aprofundar, *vide* HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, 478 p.; e D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105- 127.

princípios da natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, bem como que a proteção penal só pode estender-se a bens jurídicos.⁵¹⁰

De longa data Von Litz pronunciava que o bem jurídico é o “interesse juridicamente protegido”, sejam eles individuais ou coletivos. Quem produz o interesse é a vida e não o Direito, mas “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”, e as relações da vida em relações jurídicas, “ligando direitos e deveres a determinados pressupostos”.

Então, “se a missão do Direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam”, por meio da cominação da pena ao mal infligido. Se por um lado a necessidade origina a tutela, por outro é por conta da variabilidade dos interesses que também irão variar os bens jurídicos,⁵¹¹ o que demonstra a sua possibilidade evolutiva. Por exemplo, a vida e o patrimônio sempre foram alvo de proteção. Enquanto que, embora o meio ambiente e o patrimônio cultural sempre existissem, apenas de forma mais ou menos recente estes passaram a ser alvo da proteção penal.

Já na definição de Zaffaroni e Pierangeli (2004), o “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.⁵¹²

E no direito pátrio, Toledo (1994) considera o bem jurídico tudo o que se apresenta como “digno, útil, necessário, valioso”, e os bens jurídicos “são valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”⁵¹³

⁵¹⁰ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª ed., Montevideo e Buenos Aires: B de f, op. cit., 2002, p. 123-4.

⁵¹¹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tomo I. tradução José H. D. Pereira, Campinas: Russell, 2003, p. 139-43.

⁵¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 439.

⁵¹³ TOLEDO (op. cit., p. 15-6) explica que para Welzel tal bem é “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”, sendo, juridicamente protegido “devido ao seu significado social”.

Para Roxin a matriz do bem jurídico repousaria nos princípios da lei fundamental.⁵¹⁴ O que, aplicado à nossa Constituição, importa numa ligação com o próprio direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, contemplando-o como um bem jurídico-penal de natureza supraindividual para cuja proteção o Direito Penal criou tipos próprios, estabeleceu crimes e cominou sanções a serem aplicados na hipótese de violação da norma protetiva.⁵¹⁵

Na verdade, nestas situações o legislador está a elevar oficialmente à categoria de bem jurídico aquilo que na realidade social já se mostra como valorado. Ou seja, “o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal”. A isto tem de ser acrescido “outro critério que torne a criminalização legítima.”⁵¹⁶

Assim, tal circunstância é intrínseca à norma constitucional, que está a retratar no que se constituem os fundamentos e os valores de determinada época, os quais não são propriamente criados por ela, mas proclamados em lei, dando-lhes a proteção jurídica. Dessa forma, aplicando-se tais conceitos ao chamado meio ambiente cultural, teremos neste um objeto que é digno de proteção, que possui a necessidade de ser tutelado e que detém a capacidade de ser protegido penalmente.

Na espécie, entendemos que a valia do “patrimônio cultural” é anterior ao seu reconhecimento como “bem cultural”, já que este será *declaratório* enquanto ato de notoriedade, e *constitutivo* como gerador de efeitos jurídicos.⁵¹⁷ Em outras palavras,

⁵¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I, Tradução Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 45-6.

⁵¹⁵ PAZ, Maria Isabel Sanches García de. *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 15-6 e 73, ao classificar o meio ambiente e o patrimônio cultural como bens supraindividuais, esclarece que “*la protección de bienes jurídicos constituye el fin último del Derecho Penal*”, cujo núcleo básico “*será lo que se considere el injusto originario, las conductas a cuya sanción se destina de modo principal el instrumento punitivo. [...] se entiende orientado a la protección de bienes jurídicos frente a aquellos comportamientos que los lesionan o ponen en peligro concreto*”. Então, são elementos do injusto o desvalor da ação e do “*resultado, constituido por la lesión o el peligro concreto para el bien jurídico*.”

⁵¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 78. Vide DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, p. 173-4, n° 4, 1994.

⁵¹⁷ OROZCO PARDO, Guillermo; PÉREZ ALONSO, Esteban J. La tutela civil y penal del patrimonio histórico cultural o artístico. Madrid: Mc Graw Hill, 1996, p. 56-9, anotam que “puede afirmarse que el concepto de bienes culturales descansa sobre criterios extrajurídicos, relativos a valores inherentes a la idea de cultura en cuanto acervo de conocimientos, bienes y principios del pasado y presente de una comunidad, por lo que se debe admitir como una categoría abierta, flexible y amplia, graduando-

o caráter *patrimonial* é intrínseco e prévio à sua nota de especialidade como *bem* o qual assim passa a ser catalogado e chancelado pelo mundo do direito.

Prova disto, é que o art. 216 da CF-BR autoriza a “vigilância” como um critério de reconhecimento do patrimônio cultural, o que demonstra que a chancela conferida pela comunidade a um objeto tem o condão de elevá-lo a patrimônio, além do chamado poder de polícia dos órgãos públicos, gerando como efeitos o estudo e a catalogação do objeto como bem cultural e, enquanto tal se realiza, por si só tem por consequências obrigações positivas de cuidado e negativas de abstenção de destruição, já que inerentes à própria função social da propriedade. Como no caso de o Ministério Público instaurar um inquérito civil dirigido ao exame e à tutela de uma determinada edificação, ou esta passar a ser alvo de atuação e pesquisa protetiva por parte do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional).

Contudo, para os fins de proteção penal, o objeto tem de estar gravado como patrimônio cultural, por via de lei, ato administrativo ou decisão judicial, o que irá torná-lo um *bem jurídico-penal*, capaz de desencadear a ocorrência dos ilícitos previstos entre os artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/98.

Com efeito, o certo é que após o longo percurso evolutivo já apreciado, a Lei dos Crimes Ambientais inaugura um sistema penal ambiental que desponta como um ramo específico a tipificar as condutas mais afrontosas contra o bem jurídico-meio ambiente sadio e equilibrado. De modo a proteger as parcelas desses objetos que, por serem fundamentais, rogam tal espécie de tutela, enquadrando-se nodesiderato de realizar o princípio constitucional da prevenção pela tônica do Direito Penal, ora utilizado como um instrumento a mais, e o de maior força, para efetivar dita proteção.

Assim, figura que a previsão da tutela penal está em harmonia com os objetivos perseguidos pelo direito ambiental, onde os tipos da Lei nº 9.605/1998

se en función de la relevancia de los valores que cada bien comporta las distintas clases incluidas en el concepto. Por ello lleva razón RICCIO cuando dice que esta identificación no es, ni debe ser, un rígido presupuesto normativo indispensable para la tutela de los bienes artísticos.” Como exemplo disto os autores referem que as legislações modernas combinam ambos os critérios, o extrajurídico referente ao valor cultural inerente, e o jurídico sobre a chancela legal, o que flexibiliza e aumenta os níveis de proteção. Como no caso da legislação da Andalucia, que considera patrimônio “todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones en cuanto se encuentren en Andalucia y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, documental bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Autónoma. O resultado é que os bens declarados e catalogados se sujeitam a um regime específico de proteção, e os demais com valor cultural a um regime geral.

protegem como bem genérico o próprio meio ambiente, nele inserido o meio ambiente cultural, desempenhando uma função tuteladora de valores fundamentais sancionadora das condutas lesivas aos bens mais caros.

Aqui, a tutela passa a ser invocada e determinada a partir do momento em que as barreiras de ordem civil e administrativa não mais revelam o devido juízo de suficiência e de eficácia na prevenção e repressão de ataques ao meio ambiente, mormente diante da finitude dos seus recursos,⁵¹⁸ os quais são imprescindíveis para a humanidade.

Neste sentido, com propriedade adverte Silva Sánchez que o “Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”. De modo que sua expansão está alinhada à aparição de novos objetos também à “deterioração de realidades tradicionalmente abundantes”, mas que agora começam a escassear (como o meio ambiente). Além da própria evolução social e cultural, que conduz a reanálise de certos bens, já existentes, mas até então não tão estimados, como no caso do patrimônio cultural.⁵¹⁹

Com efeito, não se trata aqui da banalização do direito penal, da criação de novos tipos, de mais sanções ou de excessos legislativos. Mas, sim, da realização do preceito constitucional de tutelar os direitos fundamentais, perante o Estado, por meio dele e, inclusive, pelas vias punitivas. Já que o cidadão também dispõe do direito de ter os seus bens jurídicos de caráter fundamental protegidos em face da violência de seus pares.

Afinal, a lei não tem somente a função de zelar pelo indivíduo diante das opressões estatais como possui a finalidade de proteger os direitos fundamentais.

⁵¹⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Alguns Aspectos sobre a Lei dos Crimes Ambientais, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 42, p. 227, 2000; ao arguir que devem ser redobradas as cautelas com a preservação ambiental, diante da “finitude dos recursos naturais” e da sua necessidade para “a sobrevivência da espécie humana”. Assim, num contexto em que “o Direito Penal deve ser efetivo como soldado integrante do exército de mecanismos conservacionistas”, a remota possibilidade de aplicação de penas privativas enfraquece a sua importância e estimula a criminalidade ambiental, a qual “adquire uma falsa feição bagatela”. Dessa forma, o Direito Penal há de ser efetivo, “sob pena de transformar-se em aliado de pouco fôlego para o enfrentamento do problema”. Ver também GULARTE, Caroline de Melo Lima. Tutela Penal Preventiva do Meio Ambiente e a Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 78, p. 57-80, set./dez. 2015; e COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; COSTA, Flávio Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15-6, 161-2.

⁵¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 27, referindo-se expressamente ao “patrimônio histórico-artístico”.

Mesmo que para tanto, por vezes, tenha de empregar o direito penal para exercer tutela, a qual deverá ser efetivada atenta aos princípios da proporcionalidade.⁵²⁰

É nesse contexto que a ciência criminal é invocada, diante da importância, da gravidade e da universalidade dos objetos em questão, estando em consonância com o princípio da *ultima ratio* e justificada a sua intervenção em face das agressões a valores fundamentais que envolvem bem de uso comum do povo a requerer preservação. E que, no presente caso, revela-se por via do meio ambiente cultural, na sua conjuntura de bens culturais materiais e imateriais relevantes para a sociedade e o direito, e cujo bem jurídico tutelado é, em suma, a própria preservação do patrimônio cultural.

Portanto, o objetivo aqui é o de proteger a identidade cultural de determinada comunidade, grupo ou nação por meio dessa categoria de bens, em sentido amplo. Além de assegurar o seu desfrute pela coletividade, possibilitando-lhe o acesso, o desenvolver da personalidade e demais manifestações, cabendo ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de tais direitos.

Ademais, outros tipos de benefícios são ainda aferíveis, em especial para os bens edificados, à estética urbana, ao direito coletivo à paisagem, desfrute turístico e uso. Perante os quais se poderia ainda invocar as lições da criminologia, com base na teoria de matiz ecológico-social proposta pela Escola de Chicago,⁵²¹ onde os atos

⁵²⁰ FLACH, Michael Schneider. As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente, 261 f., Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Orientador: Professor Dr. Fábio Roberto D'Ávila, Porto Alegre, 2009. Com efeito, STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 53, p. 242-3, 2004. Acrescenta que, conforme Roxin, acrescentar “as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social de Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.” E STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*übertassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, nº 2, p. 280-3, 2003, que colaciona, ainda, a sábia lição de Diés-Picazo, para quem, por vezes, a tutela “*de ciertos derechos fundamentales – y, más en general, de determinados valores constitucionalmente relevantes – sólo puede ser efectiva si se hace por vía penal*”; onde a Constituição “*impone al legislador un deber de producir una regulación protectora*.”

⁵²¹ TIEGHI, Osvaldo N. (*Tratado de Criminologia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989, p. 416-7) expõe os postulados da teoria da ecologia criminal que apontavam a “*correlación entre ciertas zonas sometidas a un desajuste cultural y el auge y disminución de la delincuencia*”, propondo que “*la*

de preservar e revitalizar as áreas degradadas operaram como fator inibitório de delitos.

Por tais razões, podemos classificar o bem jurídico que tutela o patrimônio cultural como autônomo, de natureza difusa e material ou imaterial, sendo o seu titular a sociedade como um todo (função social).⁵²² E onde deve prevalecer o aspecto axiológico (cultura), em detrimento do econômico, para que se proteja o valor imanente ao bem cultural, cujo objeto lesado (v. g. a edificação) é apenas a *res* material sobre a qual recai a ação típica.

Na espécie, primeiramente temos o meio ambiente como direito fundamental, que se constitui num exercício de cidadania e num direito-dever *erga omnes*, nele inserido o patrimônio cultural, o qual mais que um direito social possui natureza análoga a um direito fundamental. Aqui, é preciso lembrar que os direitos fundamentais tutelam diferentes bens jurídicos, cuja proteção aqui está inserida dentro dos direitos culturais e ambientais, e cujo valor vai além do mundo direito.

E interessante notar que o bem jurídico não precisa ser apenas palpável, pois vai ainda além da realidade material, tangível e captada pelos sentidos, sendo também uma “realidade de sentido social”, nos quais o risco ou o dano são, portanto, de ordem jurídica e socialmente perceptíveis. Tem-se aqui uma tarefa do direito possibilitar a realização da pessoa humana e da sua dignidade, garantindo-lhe o máximo de liberdade possível e a salvaguarda dos objetos mais valiosos.⁵²³ Assim, são os bens jurídicos “objeto em função”, cujo valor positivo repousa na sua relação com as pessoas e a sociedade. Por isto as condutas lesivas, ativas ou omissivas, públicas ou privadas, individuais ou coletivas vão além da mera afetação direta do objeto e criam também uma perturbação ou ruptura na esfera de

reforma social debía encarar la forma de llevar a cultura a dichas zonas”. Já SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 168-76, cita os bem-sucedidos casos de Puerto Madeiro (Buenos Aires) e do Pelourinho (Salvador-BA), que depois de revitalizados tornaram-se locais de atração turística.

⁵²² PRADO, op. cit., p. 493; FERREIRA, op. cit., p. 68-9; e REISEWITZ, op. cit., p. 99. Outrossim, SERRANO, José-Luis (Concepto, Formación y Autonomía Del Derecho Ambiental. O Novo em Direito Ambiental, op. cit., p. 34) anota que o “*El Derecho ambiental es el sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales*.”

⁵²³ DIAS, Augusto Silva. ‘Delicta in se’ e ‘delicta mere prohibita’: uma análise da descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstituição de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 657-9.

disponibilidade dos objetos diante dos seus titulares, e ainda, no presente caso, perante toda a comunidade com o qual o bem cultural está conectado.⁵²⁴

Da mesma maneira, também é importante pontuar que no caso do patrimônio cultural temos um *bem* do sistema social o qual se transformou em bem jurídico digno de tutela penal por via da “ordenação axiológica jurídico-constitucional”, assim reconhecido dentro do sistema no qual se insere.⁵²⁵

Afinal, é sabido que a proteção penal é apenas uma das modalidades de tutela, mas no caso “é importante reconhecer que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica uma atenção redobrada ao conceito *bem jusfundamental* e a sua colocação no centro do processo construtivo dos *conglomerados jurídicos*” dos direitos fundamentais. Num expediente em que o bem jusfundamental irá se constituir no “cimento agregador de cada direito fundamental, em torno do qual se entrelaçam as suas diferentes faculdades e todas as dimensões se desenvolvem”.⁵²⁶

Assim a noção e a tutela desta categoria de bens jurídicos irá se congrega como “o alfa e o ômega de toda e qualquer consideração abrangente da estrutura jurídica dos direitos fundamentais”. De tal forma que os deveres de proteção irão ser mais demandados e se sobressair quando diante dos “bens jurídicos tutelados pelas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais”.⁵²⁷

A partir do que, com foco no patrimônio cultural, podemos afirmar que os cânones penais do presente estão a garantir a proteção da cultura e dos valores oriundos do pretérito, preservando-os para a apreciação coletiva das gerações contemporâneas e futuras.

1.2 DOS DELITOS EM ESPÉCIE

Conforme já visto, os bens culturais de relevante valor social são alvo da devida tutela jurídica, estando o conceito de patrimônio cultural definido no art. 226

⁵²⁴ DIAS, Augusto Silva, op. cit., p. 657.

⁵²⁵ DIAS, Figueiredo. Direito penal. Parte geral. Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 119-21.

⁵²⁶ SILVA, Jorge Pereira. Deveres do Estado de Protecção de direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 355.

⁵²⁷ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 355.

da CF. Enquanto que os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural estão previstos nos artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/98.

Assim, temos por reconhecida a existência e a relevância do meio ambiente cultural para o cidadão, a sociedade e a sua autonomia como bem jurídico. Para garanti-lo de todas as formas, o sistema empregou inclusive instrumentos sancionatórios criminais, editando tipos penais nos quais estão compreendidas todas as circunstâncias ou elementos que fundamentam o injusto específico de cada figura.

Assim, a análise que segue abordará os delitos que lesam o patrimônio cultural, de acordo com os dispositivos da Lei nº 9.605/98, além das figuras do Código Penal.

1.2.1 Destruição, Inutilização ou Deterioração

O artigo 62 da Lei nº 9.605/98 comina as seguintes condutas:

Art. 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 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Trata-se de um crime de ação múltipla, com três verbos nucleares alternativos, na modalidade dolosa e culposa, podendo ser praticado pela realização de um fazer ativo, assim como pela inação do garante,⁵²⁸ o que caracterizará a omissão imprópria. Assim, comete o delito não apenas quem diretamente destrói o bem, como também, *v.g.*, o proprietário que se omite em realizar obras de reparo e conservação da coisa tombada, abandonando-a a intempéries e acarretando, pois, a

⁵²⁸ Sobre o tema ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. El delito de omisión. Concepto y sistema, 2ª ed., Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2003.

sua deterioração. Aqui, o objeto jurídico tutelado é a preservação do patrimônio cultural nas suas várias formas, sendo o objeto penal o bem protegido.

Analisando diretamente os seus três verbos, *destruir* significa demolir, aniquilar, fazer desaparecer, extinguir, desfazer, demolir, desmanchar, assolar e exterminar. *Inutilizar* é tornar inútil, vão, improficuo e estéril, é tornar imprestável, incapaz, frustrado, ou prejudicado. *Deteriorar* é estragar, danificar, piorar, adulterar, alterar, corromper, desfigurar, arruinar e tornar degenerado.⁵²⁹

Tal forma de proteção está direcionada ao patrimônio cultural do tipo material, seja móvel ou imóvel, individual ou em conjunto. Interessante é que não apenas o acervo nacional é tutelado, mas eventual bem móvel que esteja em território nacional.⁵³⁰ Já o conceito de dano tem sido considerado pela jurisprudência e doutrina como qualquer forma de lesão, em seu sentido mais amplo, diante dos objetivos de tutela.

Com efeito, salienta-se que para configurar o delito, o bem objeto de dano deverá estar especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, nas formas já analisadas.⁵³¹ Porém, não se restringe apenas aos bens tombados, mas se estende aos inventariados e de outras formas protegidos.

Observa-se que, embora o art. 216, § 1º, da CF, estabeleça várias formas de reconhecimento e tutela de bens culturais, para gozar da proteção penal e caracterizar as elementares do tipo é necessário o reconhecimento específico por lei, ato administrativo ou decisão judicial, seja em nível Municipal, Estadual ou Federal. Contudo, os atos preliminares de reconhecimento e tutela, como o tombamento provisório ou uma decisão processual liminar, por si só já possuem

⁵²⁹ COSTA NETO; *et. al.*, op. cit., p. 352; e COSTA JÚNIOR; MILARÉ, op. cit., p. 179. Já MACHADO, 1999, op. cit., p. 771. Anota que a destruição é definitiva, enquanto que a inutilização pode ser total ou parcial; temporária ou permanente, “não podendo ser utilizado o bem protegido – por exemplo, quando, diante do lançamento de tinta contra um quadro, este não possa ser visto num museu” (ainda que esteja em procedimento de restauração). E a deterioração “pode ser causada por ação ou omissão contínua, como a de permitir que a umidade, a chuva ou o aquecimento ajam sobre esse bem o danificando”.

⁵³⁰ SOARES, Inês Virgínia Prado. Crimes contra os bens culturais. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2017, p. 129.

⁵³¹ É o caso da Apelação Crime nº 700005342845, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, julgada em 21/11/2002, que considerou a demolição de prédio fato atípico, por não estar ele especialmente protegido, pois o “simples inventário feito na comunidade por interessados na conservação do patrimônio histórico não é ato administrativo compatível com a elementar constante do art. 62 da Lei nº 9.605”.

aptidão para a correta defesa do bem e a consequente ilicitude de ataques contra ele. Caso retificada ou revogada ao final o ato protetivo, a conduta restará atípica.

Trata-se aqui, de uma norma penal em branco, cujo comportamento proibido está enunciado, mas a conduta punível necessita ser complementada por outra fonte, trazendo como vantagens a sua fácil adaptação a questões temporais e estruturais, no que diz respeito ao órgão ou instrumento do qual emanará o ato de proteção.⁵³²

No caso, podem servir de fonte de integração todas as manifestações normativas, sejam elas oriundas dos Poderes do Estado, em qualquer dos níveis em que se reparte a estrutura federativa, de acordo com as respectivas competências (artigos 24, VII, VIII, e 30, IX, da CF), além da própria decisão do Poder Judiciário. Fazendo com que mesmo leis municipais, decretos estaduais e sentenças de primeiro grau que conferirem proteção já integrem a norma para fins de caracterizar o delito.

Prosseguindo, o inciso II tutela especificamente os seguintes objetos materiais: arquivo, é o lugar onde se guarda um acervo de documentos. Registro é o livro especial onde se inscrevem ocorrências públicas ou privadas, podendo também ser a instituição, repartição ou cartório onde se faz a inscrição, ou transcrição de atos, fatos, títulos e documentos para autenticá-los e dar-lhes força de prevalecer frente a terceiros.

Por sua vez, museu é o local destinado ao estudo, guarda, conservação e exposição de coleções e obras de valor científico, histórico e cultural. Biblioteca é a coleção de livros dispostos ordenadamente para estudo e consulta; a pinacoteca é a coleção de pinturas. Já a instalação científica é o conjunto de aparelhos ou peças destinados a atividades de interesses da ciência.⁵³³

⁵³² PRADO, op. cit., p. 93 aduz que a especial conotação da matéria ambiental, de “caráter difuso, técnico e complexo”, e o seu estreito vínculo “com a legislação administrativa impõem, com frequência, essa estrutura na elaboração dos tipos legais de delito”. Também COIMBRA, Mário; BUGALHO, Nelson R.; SOUZA, Gilson S. Alguns Aspectos sobre a Tutela Penal da Ordenação do Território. In: PRADO, Luiz Régis (Org.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: RT 2007, p. 316. ⁵³³ FERREIRA, op. cit., p. 89; PRADO, op. cit., p. 496; CONSTANTINO, op. cit., p. 206; RODRIGUES, J. E. Ramos, op. cit., p. 36; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente. Breves Considerações Atinentes à Lei nº 9.605/98, de 12-02-1998*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208; E FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 198 e seguintes.

Ainda, o tipo tutela outras estruturas similares, caso protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial (art. 216, III, IV e IV, da CF), numa ampla forma de proteção, que passa por objetos, edificações, áreas naturais, documentos, espaços, obras, etc. Aqui, também está representada uma modalidade de interpretação analógica *intra legem*, um critério permissivo dado pelo Legislador, diverso da analogia, cuja fórmula genérica permite a extensão da norma incriminadora a hipóteses semelhantes às expressamente mencionadas no mesmo tipo penal.⁵³⁴

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, tanto de direito público como privado, nas formas descritas nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.605/98. Os sujeitos passivos poderão ser a pessoa jurídica de Direito Público, a coletividade, o proprietário e o possuidor da *res*, desde que não tenham sido um dos sujeitos ativos.

Em termos práticos, podemos visualizar o exemplo de um prédio tombado por lei municipal e que vem a ser destruído para a construção de outro mais moderno, por ordem de seu proprietário, cansado da sua conservação e ansioso por obter lucros. Ou mesmo o dono que vem a demolir um imóvel protegido por ação e decisão judicial.⁵³⁵

⁵³⁴ TOLEDO, 2008, op. cit., p. 27, explica que as restrições da analogia não se aplicam por inteiro à interpretação extensiva ou analógica, pois nesta apenas “amplia-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob seu alcance fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance”. Já HASSMER, Winfried (*Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005, Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, p. 356) adverte que o “limite crítico do princípio da legalidade está na diferença entre a interpretação extensiva autorizada e a analogia proibida. [...] a analogia é a transferência da norma a um outro âmbito, enquanto que a interpretação (extensiva) é somente a ‘ampliação’ da norma até o final do seu próprio âmbito”. Para aprofundar ver BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 75-111; e FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵³⁵ CRIME AMBIENTAL. ART. 62, INCISO I, DA LEI Nº 9.605/1998. DESTRUIÇÃO DE IMÓVEL ESPECIALMENTE PROTEGIDO POR DECISÃO JUDICIAL. Acusada que, após receber ordem judicial – expedida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público com vistas a preservar imóvel de interesse histórico e arquitetônico, de sua propriedade – impedindo a alteração das características do imóvel, cuida de providenciar imediatamente a demolição do prédio, durante o feriado de Natal, sob o argumento de existência de risco para terceiros. Imóvel não habitado. Estado de necessidade não demonstrado sequer por indícios. Admissão dos fatos pela acusada. Dolo evidente. Alegação defensiva de atipicidade, em razão de o bem não possuir valor histórico ou arquitetônico - eis que não havia ainda decisão judicial nesse sentido - e também porque a ordem judicial que protegia o bem não era definitiva. Teses afastadas. A proteção estabelecida pela Lei nº 9.605/98 tem por objetivo resguardar o bem objeto de interesse enquanto a questão não é solucionada definitivamente, daí porque o descumprimento de qualquer decisão judicial, mesmo aquela de natureza cautelar, basta para caracterizar o tipo previsto no artigo 62, inciso I, da Lei n.º 9.605/98. Desnecessidade, bem por isso, de perquirição, na ação penal, acerca do valor histórico ou arquitetônico do imóvel. Inexistência de vício na sentença. Autoria e materialidade amplamente demonstradas. Condenação de rigor. Penas estabelecidas no mínimo. Substituição que atende à

No caso, teremos como sujeito ativo o proprietário que determinou a destruição, o qual poderá ser um particular, assim como uma pessoa jurídica, tanto de direito privado como público, dependendo da titularidade sobre o imóvel. Também será possível o concurso de agentes, entre o proprietário e um terceiro, que unindo esforços e vontades pretendem a demolição do prédio para edificar um novo, o que ainda poderá envolver o concurso entre pessoas física e jurídica, pública ou privada.

Já o sujeito passivo, o qual não pode identificar-se com o ativo, poderá ser um coproprietário (desde que sem qualquer participação, nem ciência dos atos demolitórios), o possuidor, o Poder Público que tombou o imóvel, além da sociedade que estará privada daquele objeto, cuja importância e significado fora reconhecido no ato de tombamento.

Outrossim, ainda a título de exemplo, é possível que um terceiro sem qualquer relação com o objeto venha a produzir-lhe um dano (por dolo ou culpa) que o deteriore, hipótese em que este será o sujeito ativo, enquanto que o passivo será o proprietário, a coletividade e a figura de direito público com identificação direta como bem.⁵³⁶

Quanto ao elemento subjetivo, pode decorrer da forma dolosa, que se revela tanto no seu modo direto, como no eventual, oriundo da vontade livre e consciente de causar dano ao bem que sabe ser protegido, ou assumindo o risco de produzi-lo. É prevista ainda a modalidade culposa (por negligência, imprudência ou imperícia).⁵³⁷

finalidade da lei penal e é socialmente recomendável. Regime aberto, para o caso de descumprimento, igualmente adequado. Apelo improvido, afastada a matéria preliminar (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal Nº 990.08.078392-0, 5ª Câmara Criminal, Relator: Pinheiro Franco, j.12/02/2009).

⁵³⁶ FREITAS e FREITAS, op. cit., p. 199-200, explica que sujeito passivo poder ser “uma das pessoas jurídicas de Direito Público. Assim, se o agente destrói um quadro de um museu municipal, a ofensa atingirá diretamente o município. Em um momento seguinte será atingida a coletividade, que se verá impedida de usufruir o bem móvel”. Ainda, é possível vários sujeitos passivos, como na hipótese de dano contra um centro histórico com sobrados residenciais, o que atingiria também aos proprietários. Por fim, um exemplo de pessoa jurídica no polo ativo do delito seria o de uma empresa dedicada a construções “destruir sambaquis (bens de valor arqueológico), com o objetivo de erguer edificação”.

⁵³⁷ CONSTITUCIONAL. DIREITO DE PROPRIEDADE. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. DANOS. RECONSTITUIÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. [...] 1. O dano a imóvel tombado pelo patrimônio histórico enseja a obrigatoriedade da sua reparação. 2. A não observância de licença para construção ou reforma configura o dano e implica na reconstituição do projeto original. 3. Prevalece, nesses casos, a responsabilidade objetiva independentemente de dolo ou culpa bastando configuraro nexos de causalidade entre o ato e o dano. 4. O direito à propriedade tem que ser exercido obedecendo aos ditames do plano diretor da cidade, com objetivo de cumprir sua função social. [...]

Sob a forma de dolo direto, imaginemos o caso de um construtor que deliberadamente destrói uma casa tombada, com o objetivo de no local construir um moderno e lucrativo prédio comercial. Já a modalidade culposa,⁵³⁸ pode decorrer de um erro na execução de um projeto de restauro, ou de uma construção que venha a ruir, danificando uma casa lindeira que goza de proteção por tombamento.

O delito é de natureza instantânea, mas produz efeitos permanentes, consumando-se com a deterioração, inutilização ou destruição do bem protegido. Caso o alvo do dano trata-se de conjunto urbano ou sítio de valor cultural, para fins prescricionais considera-se como marco inicial a conduta responsável pelo último ataque contra o coletivo de bens protegidos. Observa-se que no caso da incidência de alguma das formas da justiça negocial, a extinção da punibilidade só poderá ser declarada com a comprovação da reparação do dano, por força do art. 28 da Lei nº 9.605/1998.

No caso de destruição cremos que, quanto à possibilidade de reconstrução, deve ser considerada se esta for factível a partir da utilização da maior parte dos materiais oriundos do objeto cultural danificado. Caso tal não seja possível, o refazimento da obra não ostentaria a condição de original, mas de réplica contemporânea. Devendo ser resolvida criminal (ação penal), administrativa (restrições e multas) e civilmente, sendo esta sob a forma de perdas e danos, inclusive em sede de dano moral coletivo, por atentar contra interesses difusos e bem de fruição da coletividade.

É possível a tentativa na forma dolosa, quando o autor não consegue causaro dano próprio do tipo por fatores alheios à sua vontade.⁵³⁹ Como no caso de iniciada a ação ocorrer a intervenção do Poder Público, com o objeto protegido já

(Tribunal de Justiça/PE, AC 42304 PE, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ivo de Paula Guimarães, j. 25/02/2010).

⁵³⁸ MACHADO (1999, op. cit., p. 771) exemplifica como culpa a hipótese de alguém proceder a “restauração de um bem protegido sem ter para isso a qualificação profissional; ou um diretor ou chefe de serviço público que designa pessoa imperita para fazer intervenção em coisa protegida”, gerando o dano. Citamos ainda o sujeito que ao reparar a “res” acaba sendo imprudente e a danifica ainda mais.

⁵³⁹ Sobre tentativa na omissão imprópria, ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 117-22.

tendo sido atacado, mas ainda não destruído, inutilizado ou deteriorado, indo além dos atos preparatórios e desistência ou arrependimento.⁵⁴⁰

Já a ação penal é pública e incondicionada, sendo cabível os institutos da Lei nº 9.099/95, nas hipóteses em que presentes os requisitos objetivos e os subjetivos. Por fim, a competência processual será definida pela origem da qual emanou a especial proteção do objeto ou da sua propriedade. Assim, se o bem pertencer à União, tiver sido tombado por ela, ou a devida decisão advier de Magistrado Federal a competência será da Justiça Federal. Nos demais casos ela ficará a cargo da Justiça Estadual.

1.2.2 Alteração do Aspecto ou da Estrutura

O artigo 63 da Lei nº 9.605/98 possui a seguinte redação:

Art. 63. Alterar 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, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A conduta cominada é a de alterar, modificar, transformar, desfigurar, mudar o aspecto ou a estrutura de edificação ou de local dotado de especial proteção. O crime só pode ser cometido por dolo e, em regra, por uma ação, mas até é possível a incidência na omissão, na hipótese do descaso do garante ser tamanho, que o aspecto ou a estrutura do bem sejam alterados pela ausência dos cuidados que devam ser devidos.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio cultural na sua forma material e a integridade do aspecto ou da estrutura especialmente protegidos, tendo como objetomaterial a edificação ou o local sob proteção em virtude do seu valor, e objetivando

⁵⁴⁰ Bem observa MACHADO, 1999, op. cit., p. 771, que “muitas vezes a deterioração de um monumento, de um quadro ou de uma árvore protegidos não é feita por um só ato, mas por atos que se vão somando no tempo para ocasionar o dano perceptível”, que enquanto não se consumar caracteriza a tentativa.

a preservação do bem ambiental e cultural, de modo a impedir que seja alteradossem a devida autorização.

Aqui, o *aspecto* é a aparência, são as características peculiares à edificação ou ao local. Já a *estrutura*, é a disposição e ordem das partes de um conjunto, é a sua composição. Por sua vez, *edificação* é um edifício, prédio, uma obra ou construção. Enquanto que *local* é um ponto determinado, lugar, sítio, abrangendo os monumentos edificados pelo homem (museus, teatros, igrejas, casas, fortes, estátuas, etc.) Além da paisagem natural e as formas afins de valor ambiental e cultural reconhecidos.

A tutela decorre do seu interesse paisagístico (aspecto estético de locais naturais e artificiais), ecológico (meio ambiente), turístico (do interesse geral e visitável), artístico (obra humana), monumental (escultural e arquitetônico), histórico (bem imóvel ou móvel, preservação da memória e valores), cultural (termo abrangente e genérico, que inclui questões técnicas, científicas e abarca obra criada ou transformada pelo homem em vários setores do conhecimento), religioso (credo), étnico (etnia, raças e povos), arqueológico (conhecimento do passado das civilizações), paleontológico (fósseis) e geológico (subsolo e reservas naturais).⁵⁴¹

A edificação ou o local devem ser especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial, localizados tanto no meio urbano, como rural. A autorização constitui elemento normativo do tipo, em compasso com o art. 17 do Decreto-lei nº 25/37,⁵⁴² exigível para todo o bem objeto da especial proteção.

O ilícito ocorrerá na ausência de autorização, se ela advier de autoridade não competente, ou se ela existir e a intervenção estiver em desacordo com os padrões estabelecidos, ou mesmo se ela for revogada e a obra tiver curso durante a sua não vigência. Também pode ocorrer por conta do descumprimento de obrigação principal ou acessória da autorização,⁵⁴³ como um restauro, ou outro fator decorrente de

⁵⁴¹ PRADO, op. cit., p. 499-500; FREITAS e FREITAS, op. cit., p. 202-3.

⁵⁴² “Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou inutilizadas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.” É aplicável a todo o bem tombado e a sua incidência é extensiva às demais normas que tratem da matéria.

⁵⁴³ SOARES, Inês, op. cit., p. 152, comenta que pelo art. 63 constitui crime a não observância “das condicionantes e das compensações estabelecidas no curso do procedimento de licenciamento ambiental para a realização de obra e serviço, desde que tal inobservância cause alteração do aspecto ou da estrutura do local protegido em razão dos valores existentes nestes bens.”

impacto ambiental, urbanístico e de patrimônio cultural, e que tenha como consequência exatamente a alteração do aspecto ou da estrutura.

Na hipótese, a autorização advém de manifestação do poder discricionário da Administração, a ser motivada; e, se negada, pode ser revista pelo Judiciário.⁵⁴⁴ Contudo, se a autorização concedida for suspensa por ordem judicial (*v.g.* em sede de ação civil pública ou popular) ou por outra via competente (tribunal administrativo), decorrente, por exemplo, de vício e ilegalidade, e sendo posteriormente confirmada em definitivo esta suspensão, de modo que reste definitivamente cassada a autorização, as obras realizadas neste período caracterizam-se como desautorizadas, de forma a configurar o delito, já que ausente o requisito e a ordem legal para a modificação.⁵⁴⁵

O ilícito ocorrerá na ausência de autorização, se ela advier de autoridade não competente, ou se ela existir e a intervenção estiver em desacordo com os padrões estabelecidos. Ou mesmo se ela for revogada e a obra tiver curso durante a sua não vigência, ou ainda se for obtida apenas no curso, ou após a conclusão das obras.⁵⁴⁶ Por exemplo, uma autorização advinda de secretaria municipal para a reforma de um casarão tombado na esfera federal pelo IPHAN.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, tanto de direito público como privado, sendo possível o concurso entre essas figuras. Já os sujeitos passivos poderão ser a pessoa jurídica de Direito Público (União, Estado, Município), a coletividade, o proprietário e o possuidor, desde que não tenham sido sujeitos ativos.⁵⁴⁷

No tocante ao elemento subjetivo, só pode decorrer do dolo direto (oriundo de vontade livre e consciente) ou eventual (assunção de riscos), de alterar o aspecto ou

⁵⁴⁴ Conferir as Portarias do IPHAN, a nº 420/2012 que dispõe sobre procedimentos a serem observados para a concessão de autorização para realização de intervenções em bens edificados tombados e nas respectivas áreas de entorno; e a nº 187/2010 sobre os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao patrimônio cultural edificado e as suas sanções.

⁵⁴⁵ COSTA NETO; et. al., op. cit., p. 358; e MACHADO, 1999, op. cit., p. 771.

⁵⁴⁶ HABEAS CORPUS - ALTERAÇÃO DE ASPECTO DE LOCAL ESPECIAMENTE PROTEGIDO POR LEI POR SEU VALOR CULTURAL - SERRA DO CURRAL - ORDEM DENEGADA - Edificações ou terraplanagens realizadas em lote localizado em área da Serra do Curral devem ser previamente autorizadas pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Histórico e Cultural de Belo Horizonte - Aprovação posterior de projeto de edificação em lote onde se realizou desaterro irregular não extingue a punibilidade do fato. (TJMG, HC 1.0000.00.325638-5/000(1), Rel. Des. Mercêdo Moreira, j.13/05/2003).

⁵⁴⁷ Nos pontos comuns ratifica-se o exposto na análise do art. 62, aplicável para os artigos 63 e 64.

a estrutura de edificação ou local que saiba (ou esteja em condições de saber) estar especialmente protegido, sem a devida autorização ou em desacordo com ela.

Trata-se de delito comum, comissivo, de forma livre e de resultado, cujo tipo não prevê a forma culposa. Consuma-se quando implementada a alteração sem a competente autorização administrativa, ou realizada a modificação em desacordo com o que fora autorizado. A tentativa, a rigor, é admissível, como quando já iniciados os atos que irão redundar na alteração do aspecto ou da estrutura de edificação ou do local protegido, o agente é compelido por ordem legal a interromper seu ato.

Outrossim, além de figurar uma norma penal em branco (*especialmente protegido*), o tipo envolve conceitos não precisos e que se encontram insertos em outros mais abrangentes, como, por exemplo, “cultura”.⁵⁴⁸ Sendo importante o emprego de correlatas áreas do conhecimento para a correta identificação e enquadramento.

Com efeito, questão fundamental a ser verificada diz respeito ao âmbito da alteração. Ou seja: a dimensão do dano, a reversibilidade, o grau de comprometimento do objeto, o patamar de descompasso com a autorização, e até mesmo se de algum modo ela representou benefícios ao bem e ao seu valor cultural.

É certo que condutas que atingem a fachada, alteram aspectos do imóvel ou produzam impactos no local, sem a devida autorização, já configuram o delito. Entretanto, a jurisprudência também tem considerado como práticas ilícitas a colocação de placas comerciais que venham a alterar o aspecto da edificação, e até a realização de reformas não autorizadas em imóvel em ruínas. Além da imposição de obrigações de não fazer, demolição, reparação e demais sanções. Mas, por óbvio, para haver ilícito é exigível que a alteração seja posterior ao ato protetivo.

Seguindo a mesma linha, entendemos que modificações capazes de alterar o aspecto e a estrutura, sem a devida autorização ou contrária a ela, desnaturando as condições do objeto de proteção, interferindo nas suas características e

⁵⁴⁸ De acordo com PRADO, op. cit., p. 501, “O termo cultura apresenta três acepções básicas”: a de ordem comum, identificada ao conjunto de conhecimentos de uma pessoa ou grupo; a ligada ao grau de desenvolvimento de conhecimentos, costumes, tecnologia, arte e crenças de uma sociedade; e a entendida como o conjunto diferenciado de costumes, crenças e instituições como uma identidade social.

representando uma ruptura naquilo que representa (na sua história, arquitetura, arte, paisagem, valor cultural e afins), são fatores suficientes para a caracterização do delito do art. 63.

Destarte, por considerar que posições absolutamente extremadas também podem ser nocivas, cremos que a questão comporta raras e específicas exceções. Como quando apesar de não autorizada representar vantagem para o objeto, sem gerar dano e podendo salvaguardá-lo de um mal maior (v.g. deterioração, risco de ruína). E ainda na hipótese de intervenção insignificante ou imperceptível⁵⁴⁹ ou em fase inicial, e desde que seja totalmente reversível, de modo a afastar a potencial ilicitude.

Contudo, advertimos que diante da natureza do patrimônio cultural, inserido no campo do meio ambiente e com resguardo constitucional, as possíveis exceções apontadas devem ser observadas de forma restrita e com grande cautela, na medida em que situações existem em que determinados princípios penais não podem ser aplicados a esmo e de imediato, porém, requerem interpretação dentro do sistema.⁵⁵⁰

Pontuamos que ainda que pequena a alteração, já está caracterizada a relação de tipicidade, pois os crimes contra o meio ambiente e, em decorrência contra o patrimônio cultural, não comportam o argumento da bagatela, não podendo este se prestar à exclusão da ilicitude da conduta.

Por fim, a ação penal é pública e incondicionada, seguindo o respectivo rito, tanto para pessoa física ou jurídica, e sendo aplicáveis os institutos da Lei nº 9.099/95. No caso da suspensão condicional do processo é exigência a reparação do dano, por força da determinação do art. 28 da Lei nº 9.605/1998,⁵⁵¹ junto com o

⁵⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvia, “Leis de Crimes Ambientais, Comentários à Lei nº 9.605/1998”, São Paulo: Método, 2ª ed., 2015, p. 261, afirmam, após ressalvas, ser atípica a “modificação totalmente insignificante e imperceptível”. NUCCI, Guilherme de Souza, “Leis Penais e Processuais Comentadas”, São Paulo: RT, 5ª ed., 2010, p. 1013-4, aduz que, conforme o caso, o tipo e a extensão da alteração, se não comprometer o aspecto ou a estrutura do bem, e for reversível, a insignificância pode ser aplicável. Ver também SOUZA, Luciano Anderson de, “Comentários à Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/1998”, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 287.

⁵⁵⁰ Entendemos por incidente os princípios da proporcionalidade, ofensividade, intervenção mínima e os seus consectários, além dos desdobramentos pela desistência voluntária e arrependimento eficaz. Ver FLACH, Michael Schneider, “Considerações sobre a Intervenção Penal Mínima”, Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, nº 72, mai.-ago. 2012, p. 23-31.

⁵⁵¹ Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

art. 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/1995, inclusive com prorrogação do prazo do sursis processual, caso não tenham sido plenos os atos reparatórios. Já a competência processual da justiça comum ou federal será definida pela origem da qual emanou a especial proteção sobre o objeto ou por força da sua propriedade.

1.2.3 Construção em Solo Não Edificável

O art. 64 da Lei nº 9.605/98 tipifica a seguinte conduta:

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Neste caso, o bem jurídico tutelado é o patrimônio cultural *lato sensu*, bem como o ordenamento urbano, configurando-se o solo não edificável o objeto material. Aqui, o núcleo do tipo é o verbo “promover”, praticado apenas na forma dolosa, por via da vontade e consciência de impulsionar, fazer avançar, dar andamento ou diligenciar para que se concretize a construção (obra, edifício, residência) em solo não edificável (local em que é vedado realizar qualquer tipo de construção) ou no seu entorno (ao redor, na circunvizinhança ou proximidades), em virtude dos valores tutelados na norma em apreço, sem a autorização ou em desacordo com a concedida.⁵⁵²

A construção – termo mais genérico que edificação, assume o conceito de “a execução de toda obra artificial que modifique a natureza de um terreno, acrescentando elementos físicos permanentes” – é o objeto da ação e o solo é o seu

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

⁵⁵² PRADO, op. cit., p. 514-6; COSTA NETO; *et. al.*, op. cit., p. 361; e RODRIGUES, José Eduardo Ramos, 1998, op. cit., p. 38-9.

objeto material.⁵⁵³ Já o solo *non edificandi* é aquele não suscetível de receber construções, com o objetivo de preservar determinado local, em virtude da categoria de interesse que resguarda (social, público, turístico, ambiental ou outro legalmente relevante).⁵⁵⁴

Deve ser observado que o construir tanto pode significar uma obra totalmente nova, como acréscimos no objeto original preexistente. Porém, na hipótese destes adendos gerarem alteração no aspecto ou estrutura da edificação ou do local, estaremos diante do delito do art. 63 da LCA, mais abrangente e que absorve o art.

64. Nesse sentido, se nova obra acarretar algum tipo de dano que provoque a destruição, inutilização ou deterioração do bem protegido, o crime será o do art. 62 da Lei 9.605.

Além do solo, estão incluídos no tipo os imóveis do entorno, cuja edificação venha a prejudicar o objeto protegido, em consonância com a redação conferida pelo art. 18 do Decreto-lei nº 25/37, a qual determina que sem a devida e prévia autorização “não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade”, sujeitando a parte à demolição, multa e demais sanções.

Salienta-se, que a tutela engloba a ordenação do território em sentido amplo, em virtude da valia urbanística, ambiental, cultural e demais formas conectadas. Aqui, pretende o legislador “garantir a adequada utilização dos espaços territoriais,

⁵⁵³ Para BLANCO LOZAN, *apud* PRADO, op. cit., p. 515, a edificação é “uma construção que materializa um aproveitamento, objeto de regulação urbanística, fechada e com teto”. Acrescenta que a lei de obras públicas da Espanha, de 1877, define construção como “a realização de uma obra, que será pública ou privada, em razão de sua finalidade, natureza, e espécie de terreno, ou bem sobre o que se leva a cabo”.

⁵⁵⁴ ART. 64. LEI 9.605/98. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. TOMBAMENTO. APA DA COROA VERMELHA. CONSTRUÇÃO DE POSTO DE GASOLINA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO IPHAN. PESSOA FÍSICA E JURÍDICA. [...] MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO. [...] As provas coligidas na instrução demonstram que houve o erguimento de posto de venda de combustíveis em área de proteção ambiental, mais precisamente a Área de Proteção Ambiental da Coroa Vermelha, em Santa Cruz de Cabralia/BA, sem autorização do Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional - IPHAN, órgão detentor da prerrogativa. 3. O delito de desobediência está caracterizado pela transgressão aos embargos extrajudiciais à obra feitos pelo IPHAN e não cumpridos pelo réu sócio-gerente do empreendimento, tendo, inclusive, se recusado a assiná-los. 4. A aplicação da pena à pessoa jurídica em crimes ambientais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para fixação da pena para a pessoa física. 5. Apelação parcialmente provida. (TRF 1ª Região, 3ª Turma, ACR 283 BA, 41.2008.4.01.3310, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJF1 30/07/2010, p. 27).

vedando usos incompatíveis ou nocivos a valores relevantes”, os quais estão nominados e protegidos no tipo penal.⁵⁵⁵

Razões pelas quais a existência e a atenção completa aos termos da licença é formalidade imprescindível, que objetiva ao controle e ao condicionamento dos atos construtivos e de intervenção a interesses e prescrições de ordem pública,⁵⁵⁶ em especial por sua ligação com os objetos a serem preservados.

Na espécie, é necessário que o bem tenha o devido “valor”, em uma de suas formas descritas. Mas como este tipo penal não se utiliza da mesma linguagem dos artigos 62 e 63, entendemos que aqui podem incidir outros meios de tutela, partindo-se do conceito de patrimônio cultural do art. 216, “caput”, da CF, ou das formas de proteção do seu parágrafo 1º, e oriunda das citadas fontes: administrativa, legislativa ou judicial.

Obrigatório, porém, que sejam formalmente conhecidos e reconhecidos, de maneira clara, hábil e técnica, vindo a demarcar com precisão o entorno do local e as restrições que sobre ele recaiam. Além do imprescindível lastro que justifique a especial proteção, ou seja: a categoria de *valor cultural e/ou ambiental* do art. 64.

Para figurar o ilícito é necessário ainda que a construção não esteja autorizada, ou seja, a obra estar desprovida de outorga do órgão administrativo hábil, ou mesmo que a intervenção tenha sido operada em desacordo com a autorização concedida, ou adquirida por meio ilegal, ou não tenha sido concedida por autoridade competente, hipóteses em que equivalerá à própria inexistência de autorização.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem nenhuma restrição (física ou jurídica, de direito público ou privado), sendo possível o concurso das referidas. Já os sujeitos passivos podem ser a pessoa jurídica de Direito Público, a coletividade e os proprietários das áreas próximas, desde que tais não tenham sido sujeitos ativos.

No caso de ocorrência simultânea dos delitos dos artigos 63 e 64 da LCA, com uma sendo etapa preparatória e necessária à consumação do outro, este será absorvido, respondendo o agente pelo ilícito do art. 63 diante da sua especialidade e

⁵⁵⁵ COIMBRA, Mário; BUGALHO, R. Nelson; SOUZA, Gilson Sidney Amancio. Alguns Aspectos sobre a Tutela Penal da Ordenação do Território. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 315.

⁵⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 443.

maior abrangência, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁵⁷ Contudo, pontuamos que o fato de se verificar o tipo do art. 64 deve ser considerando na dosimetria da pena, como agravante da conduta, dentro dos vetores das circunstâncias e das consequências do delito.

Trata-se de delito comum, simples, comissivo, de forma livre e de resultado, e que se consuma com o início efetivo de qualquer atividade de construção em solo não edificável ou em seu entorno, sendo a tentativa admissível. Por sua vez, a ação penal é pública e incondicionada, seguindo o respectivo rito e sendo cabíveis as figuras da Lei nº 9.099/95. Já a competência processual será definida pela origem da qual emanou a especial proteção sobre o objeto ou por força da sua propriedade.

1.2.4 Vandalismo à Edificação e ao Monumento Urbano

Prosseguindo, o *art. 65* da Lei nº 9.605/98 incrimina as seguintes ações:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

⁵⁵⁷ POSSIBILIDADE. ARTS. 63 E 64 DA LEI Nº 9.605/98. RELAÇÃO DE ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INCIDÊNCIA. O art. 63 da Lei dos Crimes Ambientais é especial em relação ao art. 64 do mesmo diploma, encontrando-se o elemento distintivo no fato de que, naquele ilícito, o efeito da conduta é a alteração do aspecto ou da estrutura de local especialmente protegido, enquanto que, na outra norma incriminadora, o resultado naturalístico é apenas a edificação em si, presumindo-se o dano ao meio ambiente, de modo que a condenação pelo primeiro tipo penal depende que se comprove a efetiva alteração estrutural do lugar, enquanto o segundo só é aplicável quando não há, nos fatos concretos, evidências da presença de tal circunstância, pressupondo-se o dano ambiental pela tão só construção em solo não edificável. 4. Entendimento contrário implicaria supor que o legislador pátrio cominou, no art. 64 da Lei nº 9.605/98, pena significativamente mais branda (detenção, de seis meses a um ano, e multa) que a prevista no art. 63 (reclusão, de um a três anos, e multa) apenas pela particularidade de que tal ofensa foi realizada com *modus operandi* específico, consubstanciado na construção em terreno não edificável, independentemente de qualquer consideração a respeito da intensidade dos danos ambientais perpetrados no caso concreto. 5. Em que pese a jurisprudência no sentido de que haveria relação consuntiva entre os arts. 63 e 64 da Lei nº 9.605/98 (ao argumento de que a alteração do local protegido seria etapa necessária para a construção em solo não edificável), o posicionamento desta Corte é de que, nas hipóteses em que o crime-meio estabelecer penas mais graves que o crime-fim, este restará absorvido por aquele. Precedentes. (STJ, ACR 52554020084047200 SC 0005255-40.2008.404.7200, Oitava Turma, j. 12.01.2011).

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.

O tipo penal foi alterado pela Lei nº 12.408 de 2011,⁵⁵⁸ a qual retirou da redação original o verbo “grafitar”, introduzindo no parágrafo segundo uma excludente específica que descriminaliza o ato de grafitar, além de determinar que as embalagens do tipo aerossol utilizadas para tal fim devam contar as expressões de que “pichação é crime”, e de que é proibida a venda deste produto para menores de 18 anos de idade.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio cultural (público ou privado e urbano), bem como a paisagem urbana, o seu valor estético, o próprio meio ambiente e o próprio objeto tombado. A preocupação também reside no embelezamento da cidade e na preservação estética e paisagística dos espaços habitáveis, para garantir um ambiente urbano saudável.

Os verbos do tipo consubstanciam-se nas ações alternativas de: *pichar* (fazer marcas, sinais, escrever, desenhar, utilizando tinta, spray, pincel atômico, etc.), *conspurcar* (sujar, macular) e *por outro meio* (como lançar substâncias, colar cartazes, ou outro ato), em edificação, monumento ou objeto tombado, seja ele móvel ou imóvel; mesmo que já tenha sido atacado por pichação ou outra forma que venha a poluí-lo.

O termo edificação assume os significados de edifício, construção, casa, prédio. Monumento é a obra ou construção que se destina a registrar no presente e transmitir ao futuro a memória do fato ou pessoa notável. Urbano é o situado na cidade e não na zona rural. Coisa tombada é a protegida na forma do art. 216 da CF-BR e do Decreto-lei nº 25/37.

O objetivo legal foi o de proteger as edificações comuns e os monumentos situados a céu aberto em logradouros públicos, como esculturas, chafarizes,

⁵⁵⁸ A redação era: “Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.”

obeliscos, estátuas, bustos, arcos, pontes, túneis, viadutos, marcos e outros devandalismo.⁵⁵⁹

Como o tipo protege a imagem da cidade, a limpeza das edificações, o bem cultural, a sua beleza e harmonia, ele é destinado a preservar a paisagem urbana, dentro da sua função estética e da própria higidez do nosso patrimônio cultural, gerando uma ampla tutela destes monumentos e edificações. A partir do que, inclusive repousam entendimentos de que, por conta dos valores envolvidos, tal tutela independeria de qualquer ato especial que reconheça o seu valor, pois o objetivo é o de salvaguardar o bem imóvel de ataques e ações desfiguradoras.⁵⁶⁰

Já o parágrafo primeiro, que possui pena mais grave, protege o monumento ou coisa tombada em face do seu valor artístico, arqueológico ou histórico. Mas sem contemplar as outras formas protetivas, em verdadeiro descompasso com o interesse maior da ampla tutela do patrimônio cultural e beirando a própria incoerência.⁵⁶¹

Contudo, se o ato de pichar, grafitar ou conspurcar alterar o aspecto de um bem ou local especialmente protegido, essa ação estará capitulada no art. 63. Assim como se atingir um bem cultural que não seja tombado, porém, seja de algum modo protegido – por mais incoerente que pareça, esta interpretação decorre da própria lacuna e falha redacional. Outrossim, se o resultado de algum desses atos for a destruição, inutilização ou deterioração de um objeto protegido, como um quadro ou um afresco, tutelados por lei, ato administrativo, ou decisão judicial o crime então será o do art. 62 da Lei 9.605/1998.

⁵⁵⁹ RODRIGUES, Ramos, 1998, op. cit., p. 39-41. Lembra que aqui não estão inclusos os delitos contra monumentos naturais, previstos incriminados nos Crimes contra a Flora, da Lei nº 9.605/98. Já se o ilícito for praticado contra edificações monumentais ou cidades-monumentos o tipo incidente será o do art. 62.

⁵⁶⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Crimes Ambientais, Comentários à Lei 9.605/98*. Marchesan, Ana Maria Moreira; Steigleder, Annelise Monteiro (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 295; e SANTIAGO, Alex Fernandes; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Degradação do patrimônio cultural e urbanístico por meio da pichação de monumentos. Possibilidade de caracterização do concurso formal dos crimes de pichação e dano. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 77, p. 110, abr.-maio 2018. Sobre a proteção da paisagem e do patrimônio, ver MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Mídia exterior e a publicidade abusiva: o respeito à paisagem urbana e ao patrimônio cultural. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 61, p. 106-26, ago-set. 2015.

⁵⁶¹ COSTA NETO; *et al.*, op. cit., p. 363-4; e PRADO, op. cit., p. 504-5. Conforme MACHADO, 1999, op. cit., p. 772, “Todos os monumentos estão protegidos independente de seu tombamento”. Porém, podem ser suscitadas discussões na hipótese de ataque a um monumento não tombado da zona rural.

Prosseguindo, o novel parágrafo segundo apresenta uma cláusula de exclusão da ilicitude, sob determinadas circunstâncias previstas no tipo.⁵⁶² De que a grafitação seja realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio, como forma de manifestação artística, consentida por quem de direito e com a observância das respectivas normas.

De tal modo que se não forem preenchidas na íntegra tais condições excludentes, estaremos diante do delito do art. 65,⁵⁶³ onde o ato de *grafitar* (pinturas, desenhos, escritos e similares) estará equiparado às condutas de pichar ou conspurcar, na medida em que representará uma forma de ataque e depreciação do bem jurídico tutelado.

Na espécie, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (física em regra, mas até jurídica, de direito público ou privado), sendo possível o concurso dessas referidas. Já os entes passivos poderão ser a pessoa jurídica de Direito Público, a coletividade, o proprietário da *res* e o seu possuidor, desde que tais não tenham sido sujeitos ativos.

Entretanto, entendemos ser atípica a ação do proprietário do bem que praticar qualquer dessas ações contra o seu patrimônio particular, desde que este não goze de nenhum valor ou proteção especial, nem se trate de um monumento de fruição pública e se o ato não a gerar prejuízos a terceiros. Do contrário, estará configurado o delito.

Já em relação ao artista executor dos atos, entendemos que a atipicidade requer a conjunção de uma tríade de requisitos: a existência de consentimento do responsável competente pelo bem cultural, e de preferência anterior ao ato, embora consideramos possível que a posterior autorização elimina a ilicitude, pois atendido o seu objetivo maior; não existir dolo de conspurcar, mas sim a conduta estar voltada ao embelezamento e à valorização do objeto; e que o ato praticado não

⁵⁶² TOLEDO, op. cit., 2008, p. 167, aduz que o tipo legal “não é mera imagem orientadora ou mero indício de ilicitude. É antes um portador da ilicitude penal, dotado de conteúdo material e, em razão disso, de uma função verdadeiramente seletiva”, o que explica as causas legais de justificação e de exclusão.

⁵⁶³ GOMES; MACIEL, op. cit., p. 272, esclarece que a “lei pretende punir é a conspurcação (o ato de sujar) os objetos materiais indicados no tipo.” O que pode ocorrer por pichação, grafitação ou outro meio. Mas existem casos em que o ato consentido de “pichar ou grafitar uma edificação constitui uma forma de expressão de arte ou até mesmo uma atividade educativa. Nessas hipóteses o fato será atípico”.

atente contra nenhuma das condicionantes e normas de proteção do patrimônio cultural e do próprio bem que recebeu a grafiteagem.

O elemento subjetivo do tipo decorre do dolo, oriundo da vontade e consciência de picar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação, monumento urbano, além de monumento ou coisa tombada pelo seu valor artístico, arqueológico ou histórico.

Trata-se de delito comum, simples, comissivo, de conteúdo variado e resultado, o qual se consuma com a efetiva prática dos atos de picar, grafitar ou por outro meio conspurcar os objetos protegidos. A tentativa é admissível, como no caso de o agente ser flagrado com o *spray* na mão, no momento em que iniciaria a grafiteagem.

A ação penal é pública e incondicionada, no respectivo rito da Lei nº 9.099/95, e sendo cabível a transação penal e o *sursis* processual, se presentes os seus requisitos. Já a competência na seara da justiça comum ou federal será definida pela origem da qual emanou o tombamento do objeto ou por força da propriedade do bem. Outrossim, inscrições e lançamentos de natureza política, partidária e eleitoral estão abrangidos neste tipo,⁵⁶⁴ mas isto não gera atração absoluta de competência para o juízo eleitoral.

1.2.5 Ilícitos Previstos no Código Penal

A posição atual vigente é de que os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural previstos na Lei nº 9.605/98 revogaram os artigos 165 e 166 do atual Código Penal. Porém, considerando o caráter da obra, bem como para uma mais ampla, fiel e histórica compreensão do tema, vejamos os delitos previstos na

⁵⁶⁴ Inscrições e lançamentos de natureza política, partidária e eleitoral estão abrangidos neste tipo, mas isto não gera, por si só, atração absoluta de competência para o juízo eleitoral. Ocorre que o art. 328 do Código Eleitoral (cuja redação considerava crime “escrever, assinalar, ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta piche, cal ou produto semelhante”, punindo com detenção de até seis meses e multa), foi revogado pela Lei nº 9.504/97, a qual atualmente prevê: “Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. § 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no caput deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa [...]”, redação atual.

Parte Especial do Código Penal, arrolados na categoria dos “Crimes contra o Patrimônio”.

A primeira figura é a do crime de dano, que no *art. 163* tipifica as ações de “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”, sendo qualificado no caso de gerar grave prejuízo, ou se atingir bem integrante do “patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista”.

Apesar de o bem jurídico sob tutela ser o patrimônio comum e não o cultural, o tipo em apreço assume relevo na medida em que pode ser utilizado como forma prévia de proteção de objetos públicos ou privados e que revelam serem dotados de características que lhes agreguem valor cultural, artístico, histórico, arqueológico, ecológico ou outro, ainda que tal valia não tenha sido reconhecida. Ou seja, o bem não gozaria de nenhuma espécie de proteção especial, salvo a da condição patrimonial.

Assim, se um prédio de época está em fase de estudos pela sua importância histórica e arquitetônica, o que pode vir a conferir-lhe especial proteção na forma da Lei nº 9.605/98, enquanto tal situação não for oficializada, a tutela criminal do objeto será exercida pelo art. 163 do Código Penal, contra ataques alheios e indevidos que venham a destruir, inutilizar ou deteriorar a edificação, nos moldes deste tipo.

Já o art. 165 do Código Penal punia o ato de “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico”. No caso, dois eram os bens jurídicos em que estavam envolvidos os objetos da tutela do art. 165. O primeiro era o bem imaterial, representado pela vinculação da coisa à história, pelo seu predicado artístico, ou pela sua antiguidade. E o segundo era o material, referente ao patrimônio no seu sentido vulgar (domínio e posse).

Aqui, o preceito normativo, objeto, sujeitos e outros caracteres são congruentes com os já descritos no art. 62 da Lei nº 9.605/98, que revogou tacitamente o art. 165. Contudo, o novo tipo é mais abrangente, e além do tombamento contempla outras formas de especial proteção conferidas por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Por sua vez, o art. 166 do Código Penal sancionava o ato de “alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei”; tendo por objeto jurídico a inviolabilidade do patrimônio ideal da nação, coibindo a sua mudança, modificação ou desfiguração.

Entretanto, tal tipo fora revogado pelo art. 63 da Lei nº 9.605/98, que é mais abrangente e contempla a alteração, sem licença ou em desacordo com ela, de aspecto ou estrutura de edificação ou local, protegido não só por lei, mas por ato administrativo ou decisão judicial, em virtude dos seus valores.

Interessante também é referirmos a relação entre o art. 91⁵⁶⁵ do Código Penal e o novo art. 124-A⁵⁶⁶ do Código de Processo Penal. Aquela determina a indenização do dano causado pelo crime, o que nos interessa em termos de ataques ao patrimônio cultural, já que as ações ou omissões desferidas contra tais bens deverão receber restauração e indenização.

Também, comina a perda dos instrumentos e do produto do crime, o que é relevante em termos de aquisição de bens culturais materiais móveis e imóveis por vias ilícitas. No que vem a se somar ao CPP, quando este comanda que os instrumentos do crime podem ser recolhidos a museu criminal, e que no caso de decretação de perdas de obras de arte ou outros objetos que tenham valor cultural ou artístico, mas que não possuam vítima determinada, devem ser destinados a

⁵⁶⁵ Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. [...]

⁵⁶⁶ Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perda de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos.

museus públicos. Dispositivos todos esses que representam importantes aspectos em termos de atenção e de ganhos para o patrimônio cultural brasileiro.

Outrossim, em termos de tutela do ordenamento urbano temos ainda os delitos previstos na Lei nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano,⁵⁶⁷ e que interessa em termos de meio ambiente e urbanismo.

Por fim, importa registrar que no atual projeto de reforma do Código Penal em tramitação no Congresso Nacional, os delitos e bens jurídicos até aqui ilustrados constam no título dos “Crimes Contra Interesses Metaindividuais”, junto ao capítulo dos “Crimes Contra o Meio Ambiente”, mais especificamente na seção dos “Crimes Contra O Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural”, o qual está a tramitar como Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.⁵⁶⁸

1.3 O MANDADO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

⁵⁶⁷ Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4o e 5o, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 51. Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estas cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.

Art. 52. Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.

Pena: Detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

⁵⁶⁸ FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a proteção do patrimônio cultural no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 78, p. 9-14, set./dez. 2015.

A existência de mandados expressos de criminalização bem demonstra a importância do direito penal no nosso sistema. Como mais um instrumento disponível ao poder público, com o fito de realizar os preceitos com os quais o Estado Democrático de Direito está comprometido, em especial a tutela dos direitos fundamentais e dos valores mais caros ao indivíduo e à sociedade.

No caso dos mandados expressos a obrigação constitucional de penalização está claramente enunciada por via de normas resultantes das escolhas políticas e criminais do constituinte, o qual não se limita apenas a “afirmar o valor eminente de um dado bem, mas reconhece na pena o único instrumento adequado à sua tutela.”⁵⁶⁹ Aqui, ao realizar uma prévia seleção de certos objetos como alvo de tutela da via criminal, a Constituição considerou a larga importância dos respectivos bens, erigindo-os a bens jurídicos penais.

Fundada no primado do trabalho e tendo como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, o título da Ordem Social inaugura as suas disposições penais no art. 216, que define no que se constitui o nosso patrimônio cultural, determina as suas formas de proteção e comina no seu parágrafo quarto que os “danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

Com este dispositivo que orienta ações para a proteção do patrimônio cultural, o constituinte originário demonstra a importância que tal bem jurídico possui, definindo no que ele se constitui, determinando que o próprio poder público em conjunto com a sociedade resguarde-o e promova-o, assinalando que serão desenvolvidos incentivos para tal e ordenando que não apenas os danos, mas as ameaças a tais objetos sejam punidos.

Mais do que uma cominação pedagógica, tal previsão constitucional ressalta perante a sociedade a importância do bem e vincula o Poder Público à sua proteção penal. Ainda, afasta dúvidas que pudessem surgir a seu respeito, apesar de ser bem jurídico relevante, ele ainda figura num menor cenário de consolidação, o que também se mostra muito vantajoso, pois vem a repelir eventual negligência que poderia incidir em relação à sua proteção. Circunstâncias que por si só demonstram que o uso das vias criminais não é apenas necessário e adequado como também

⁵⁶⁹ DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 181.

este objeto é capaz e suscetível de receber tal tipo de tutela, a qual desde já é requerida.⁵⁷⁰

Ao assim proceder, o legislador constitucional de 1988 tutelou de forma ainda mais ampla esta categoria de objetos, já contida nas Cartas anteriores, vindo a reforçar e orientar várias normas sobre tal matéria, tanto prévias como posteriores, além de melhor empregar a terminologia que transcende ao mero valor histórico e artístico, bem como contemplando diversos instrumentos de proteção, não apenas restrito a conceitos de monumentalidade e ao tombamento, e que agora se estendem ao inventário, à desapropriação e a outras formas.

Idêntica disposição temos na Constituição da Espanha, quando no art. 46 determina que a lei penal sancionará os atentados contra o patrimônio cultural.⁵⁷¹ Aqui, tal dispositivo reconhece a valia dos bens culturais e a necessidade da sua preservação, num propósito de “satisfazer componentes vitais vinculados à ideia da dignidade da pessoa humana e elevação espiritual da coletividade”.⁵⁷²

Assim, a importância do bem jurídico em questão resulta indubitável bem como a danosidade social das condutas lesivas contra ele, tornando inquestionável sua proteção penal, o que está conectado com os próprios objetivos de um Estado Democrático e Social de Direito, já que o “acesso à cultura constitui uma das premissas fundamentais da dignidade da pessoa, do livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de liberdade”.⁵⁷³

Ao utilizar de mecanismos constitucionais e penais para garantir a sobrevivência do seu acervo cultural, acaba-se por tutelar efetivamente as liberdades dos demais cidadãos, mediante seu acesso à cultura somado à importância de garantir o seu bem-estar social e cultural. O que justifica o emprego de instrumentos de ordem criminal, como um fator de mérito e necessidade, diante

⁵⁷⁰ GONZÁLES RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Número 1, p. 40-1, disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1995-10003300056. Acessado em: 05 fev. 2021.

⁵⁷¹ Artículo 46

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acessado em: 05 fev.2021.

⁵⁷² GARCÍA RENART, op. cit., p. 159, tradução livre do autor.

⁵⁷³ GARCÍA RENART, op. cit., p. 160, tradução livre do autor.

da magnitude do objeto, da vulnerabilidade, da urgência de se intervir frente aos ataques mais intoleráveis e da existência real de risco e de uma potencialidade lesiva.⁵⁷⁴

Com efeito, além da previsão constitucional, o correto e o pleno exercício dos “direitos fundamentais no espaço, no tempo e no modo, só será muitas vezes possível ou efetivo se houver medidas concretas” que venham a organizar e disciplinar o uso, e ainda “previnam o conflito, ou visem proibir o uso e a violação dos direitos”. O que estará sujeito também a um controle sobre a forma de ordenação escolhida e a “fiscalização da sua conformidade com a intenção que justifica e funda o poder respectivo de efetivar o direito”, transpondo para a realidade a realização do previsto pelo constituinte.⁵⁷⁵

Diante do que, temos aqui a “tarefa fundamental” de o Estado promover a proteção e a efetivação de tais direitos e institutos, sendo destinatários dos correlatos deveres todos os poderes e órgãos públicos. Entre estes, a vinculação do legislador é absoluta, significando que a regulamentação legislativa deve corresponder à respectiva aspiração e aos termos constitucionais. Tal vínculo é tanto negativo, no sentido de não afrontar a constituição, como positivo, para regulamentar e concretizar o teor da ordem oriunda da Carta Magna.⁵⁷⁶

Na escolha das providências o legislador possui a sua margem de conformação, porém tal deve ser dirigida a plena e maior eficácia da tutela indicada pela constituição. De tal modo que, por exemplo, o grau máximo de proteção seria a qualificação dos atentados contra os bens jurídicos assinalados pelo constituinte como um crime, cominado tanto por ação, como omissão imprópria, dolo ou culpa, mas devendo ser observado o princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito ao patrimônio cultural, temos tanto no ordenamento pátrio, como no lusitano, uma obrigação de defesa e proteção, um direito de fruição e um dever de resguardo. A função protetiva determina ao legislador que estabeleça

⁵⁷⁴ GARCÍA RENART, op. cit., p. 153-5. ALONSO IBÁÑEZ, Maria Rosario. El patrimonio. Destino público y valor cultural, Civitas: Madrid, 1992, p. 52 defende que “no puede existir verdadera igualdad ni puede darse un verdadero ejercicio de la libertad, ni en definitiva, un funcionamiento efectivo de la democracia si un substrato cultural que los cimente”

⁵⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 209-12.

⁵⁷⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais, 4ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2008, p. 291-3 e 426.

mecanismos específicos e eficientes para a proteção e garantias especiais dos direitos assinalados. E a função promotora objetiva criar condições práticas e favoráveis destinadas ao exercício de tais direitos.⁵⁷⁷

Em Portugal, tal missão foi cumprida fielmente por meio da Lei nº 107/2001, que estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do seu patrimônio cultural, com previsões de ordem civil, administrativa e penal. Contudo, no Brasil, não dispomos de nenhum tipo de consolidação legislativa em torno do patrimônio cultural, dirigida a implementar e cumprir os princípios e valores ditados pelo constituinte de 1988.

Na seara criminal brasileira, os atentados contra o patrimônio cultural já eram antes da Carta de 1988 tipificados e punidos pelos artigos 165 e 166 do Código Penal, para bens tombados e protegidos. Entretanto, o comando constitucional viria a ser complementado por via da Lei nº 9.605/98, ao tipificar dos artigos 62 a 65 os “crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”, de forma mais ampla que a contida no Código Penal, incrementando as sanções, prevendo a modalidade culposa e mantendo a punição não só das ações, mas da omissão imprópria do garante que se configura ofensiva ao bem jurídico.

De um lado, temos tipos que contemplam os ataques diretos com o dano, destruição ou alteração de objetos protegidos, a nova previsão ainda impediu a construção em solo não edificável e no seu entorno, quando estes forem resguardados em virtude do seu valor cultural amplo, além de prever o caso de pichação. Contudo, de outro lado não há qualquer previsão no tocante ao furto, roubo, receptação, estelionato, falsificação, contrabando e tráfico internacional de bens culturais materiais, os quais têm que se valer das figuras do Código Penal, não tão apropriada para a espécie.

Entretanto, o determinante é saber se os tipos penais cominados na lei dos crimes ambientais são suficientes e capazes o bastante para a efetiva tutela do patrimônio cultural, nas formas com que fora determinada pela Constituição Federal. E, no presente estudo, nos posicionamos que os quatro ilícitos estudados não conseguem satisfatoriamente desempenhar a missão que lhes foi incumbida de promoção e de proteção dos bens culturais.

⁵⁷⁷ ANDRADE, Vieira, op. cit., 2008, p. 215.

Na espécie, entendemos que quando o constituinte determina que os “danose ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”, está se referindo a formas punitivas oriundas do direito penal. E, ao assim proceder, por certo não se contentaria com o atual âmbito sancionatório estabelecido pelo legislador ordinário.

Basta ver que da forma como posta, estamos diante da possibilidade de adoção de medidas despenalizadoras, com a qualificação dos delitos contra o patrimônio cultural como de menor potencial ofensivo e passível de suspensão condicional do processo, ou de acordo de não persecução penal, sem a prolação de sentença, a qual, ainda que aplicada, comportaria suspensão da pena e a substituição da sanção privativa por medidas restritivas, como meras prestações pecuniárias e de serviço comunitário.

Usando uma figura de linguagem, quer nos parecer que o constituinte desenhou uma obra de arte para contemplar a proteção do patrimônio cultural, relegando ao legislador superveniente a singela e não difícil tarefa de emoldurar estabala pintura. Contudo, a impressão que temos é que o mandatário ordinário não teve menor zelo em interpretar a vontade constitucional, contentando-se em dar por moldura, para tão preciosa obra artística, qualquer tipo de material vulgar, desde que este fosse capaz de cumprir a mera funcionalidade de enquadrá-la.

Continuando, a distância da previsão entre a Constituição brasileira e a Lei nº 9.605/1998 torna-se ainda maior quando colocamos lado a lado o nosso conteúdo normativo com o de Portugal. Nos artigos 9º e 78 da Constituição portuguesa consta o importante desiderato de promover, valorizar e proteger o seu patrimônio cultural. Porém, o comando constitucional esgota-se e contenta-se com tais cominações, confiando que o legislador realizaria as medidas restantes para alcançar uma proteção eficaz, inclusive em termos criminais.⁵⁷⁸

Na espécie, ainda que não estivesse direta e constitucionalmente obrigado em termos penais, entendemos que o legislador residual lusitano cumpriu muito bema sua missão e conseguiu conferir interpretação precisa ao espírito constitucional e à dimensão da sua incumbência em realizá-lo.

⁵⁷⁸ Na mesma linha na Espanha, onde o patrimônio cultural possui acento constitucional, previsão específica na lei de proteção nº 16/1985, e punição no Código Penal, nos dispositivos que tratam dos delitos relativos à ordenação do território, ao urbanismo, ao meio ambiente e à tutela do patrimônio histórico, artigos 319 a 340.

Primeiro, pelo fato de que os delitos contra o patrimônio cultural possuam espaço para sancionamento junto aos crimes contra o patrimônio comum, como na hipótese de dano qualificado do art. 213 do Código Penal de Portugal, e mesmo de furto e roubo de bens materiais móveis. Segundo, por possuir uma norma específica, a Lei nº 107/2001, a qual contempla a proteção e a valorização do patrimônio cultural. E terceiro por esta mesma conter tipos próprios específicos de tutela penal, como o artigo 103º do crime de destruição de vestígios, entre outros que veremos adiante com a devida atenção.

Portanto, tais situações e o conjunto do que fora até aqui estudado é que nos fazem refletir e questionar com veemência se realmente as previsões dos artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/1998, e mesmo dos demais instrumentos esparsos que possuímos, como o octogenário Decreto-lei nº 25/1937, são suficientes e razoáveis para despenhar o tamanho da incumbência salientada pelo art. 216 da Constituição Federal. E ainda, se os nossos instrumentos disponíveis possuem capacidade para desempenhar uma tutela eficiente e proporcional, tanto para a proteção do bem jurídico, como para a satisfação do comando constitucional.

Outrossim, importante grifar que a redação de que os “danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”, tem claramente um sentido de punição penal, e não outro, não havendo nenhuma referência a sancionamento cível administrativo. Para reforçar, nos valem das discussões e previsões realizadas por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, dentro da Subcomissão VIII-a, que tratava da educação, cultura e esporte, aí compreendido o patrimônio cultural, e que era presidida pelo Deputado Federal do RS Hermes Zaneti.

Conforme Yussef Campos, foi a partir de contribuição do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), que tinha entre os seus integrantes o ilustre jurista Modesto Carvalhosa, que adveio a primeira proposta de redação do atual art. 216 da CF-BR, na qual trazia os conceitos de patrimônio cultural material e imaterial, e previa que “os atentados contra eles cometidos são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.⁵⁷⁹ Aliás, redação esta que se iguala a do art. 21⁵⁸⁰ do Decreto-lei nº 25/1937.

⁵⁷⁹ CAMPOS, Yussef. *Palanque e patíbulo*. 3ª ed., Belo Horizonte: Letramento, 2022, p. 86-7.

⁵⁸⁰ Decreto-lei nº 25/1937.

O tema voltaria a discussão por ocasião da 19ª reunião da subcomissão, nela René Dotti reafirma a importância do documento elaborado pelo SPHAN, entendendo como inevitável a criminalização de atos lesivos ao patrimônio cultural, ao se pronunciar que acredita ser “absolutamente necessário que se criminalize as condutas que ofendam o patrimônio característico da memória nacional”, bem como “todo e qualquer bem de valor cultural”. No que é seguido por Antônio Augusto Arantes, representante da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), o qual solicita que se tenha “a existência de uma lei mais rígida que preveja sanções às transgressões contra a defesa do Patrimônio Histórico Brasileiro”.⁵⁸¹

Nas rodadas posteriores que já tratavam do anteprojeto, a partir das elaborações técnicas das Comissões Afonso Arinos, do SPHAN e demais intervenções, foi registrada na proposta de estruturação do artigo a *criminalização de vilipêndios ao patrimônio*, com a seguinte redação: “Toda pessoa física ou jurídica tem o direito e o dever de defender o patrimônio cultural do País, denunciando, conforme a lei, as ameaças e crimes contra ele praticados”.⁵⁸²

Esta mesma redação é repetida pelo relator da subcomissão, com a versão final do anteprojeto.⁵⁸³ E apresentada na 6ª reunião da respectiva comissão, que

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional 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.

Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

⁵⁸¹ CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 114-5, citando o Anexo à Ata da 19ª reunião, Assembleia Nacional Constituinte, 1987, p. 278 e 285, e concluindo: “A exigência de previsão legal foi atendida. Determina o §4º do artigo 216 que los danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.”

⁵⁸² CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 127, citando o Anexo à Ata da 19ª reunião, Assembleia Nacional Constituinte, 1987, p. 474, que tratava do art. 22, §2º. Acrescenta ainda a emenda proposta pelo Deputado Chico Humberto, nos sentido de “garantir a reconstrução dos espaços culturais que foram destruídos, isto vem na verdade apenas e, tão somente, fazer com que os espaços culturais assegurados por essa categoria não sejam destruídos, não sejam desmanchados pelo Executivo ou poder público”, p. 478. O que aqui podemos interpretar como uma decorrência do que chamamos do Princípio da Reparação Integral do Dano, um sucedâneo do Princípio de Direito Ambiental do Poluidor Pagador.

⁵⁸³ CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 131. Anexo à Ata da 24ª reunião, Assembleia Nacional Constituinte, 1987, p. 562, com a seguinte redação:

“Art. 11, §1º A demolição ou transformação de espaços culturais, por parte do Estado ou de particulares, só poderá ser realizada com a construção ou destinação de outra instalação de nível igual ou superior ao existente anteriormente, para o mesmo fim.

[...]

§3º Toda pessoa física ou jurídica tem o direito e o dever de defender o patrimônio cultural do País, denunciando, conforme a lei, as ameaças e crimes contra ele praticados”

trata sobre a Cultura.⁵⁸⁴ Porém, na apresentação ao plenário, como Projeto A, Fase Q, a redação legal já apresenta a forma do atual art. 216, §4º.⁵⁸⁵ O mesmo se repetena apresentação do Projeto B, reorganizado pelo relator Bernardo Cabral.⁵⁸⁶ O que ao final sacramenta o dispositivo em comento como um autêntico mandado expresso de criminalização.

Outrossim, a já citada relação de patrimônio cultural, meio ambiente e urbanismo, aparece em texto encaminhado pela Associação Brasileira de Antropologia à Subcomissão de Cultural da Assembleia Nacional Constituinte, na qual reforça que é “dever do Estado assegurar que o desenvolvimento das cidades, que são espaços culturais por excelência, se faça respeitando e valorizando o patrimônio ambiental urbano, tanto no seu aspecto de memória social quanto no que diz respeito a questões de meio-ambiente físico”.⁵⁸⁷

Tal colocação se torna importante, se concatenada com as previsões constitucionais sobre o meio ambiente e a criminalização dos ataques contra ele, desenvolvido em comissão diversa do patrimônio cultural, mas que ao final sedimenta no seu art. 225, § 3º, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Ora, na medida em que o nosso objeto de estudo está compreendido dentro do chamado *meio ambiente cultural*, resta reforçado pela combinação do art. 216, §4º, com o art. 225, § 3º, da CF-BR, que em ambos os dispositivos estamos diante de mandado de criminalização por expresso. O que é integralizado, ainda que com dimensão e eficácia discutível, na Lei nº 9.605/1998, em especial pelo alcance da

⁵⁸⁴ CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 134-5, o qual colaciona a Ata da 6ª reunião da Comissão da Família, da Educação, Cultura, Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, Assembleia Nacional Constituinte, p. 50, com a redação: “São preservados no anteprojeto os bens de valores culturais, histórico, arqueológico, científico, ecológico e paisagístico, através de inventários, tombamentos e vigilância organizada, proibindo-se a demolição ou transformação de espaços culturais por parte do Estado sem outro espaço similar que substitua”.

⁵⁸⁵ CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 146, sobre o Plenário em outubro de 1987, volume 253.⁵⁸⁶

CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 148-9, sobre o Plenário em julho de 1988, volume 299. ⁵⁸⁷
CAMPOS, Yussef, op. cit., p. 117.

responsabilização nos seus dispositivos iniciais,⁵⁸⁸ e pelo fato de que ela tutela os atentados contra o patrimônio cultural, entre os já examinados artigos 62 a 65.

Diante do que, e não apenas por isso, podemos observar que a proteção do patrimônio cultural por via de instrumentos de direito penal é uma realidade não apenas irrenunciável, como também urgente e que deve ser aperfeiçoada por via de novos tipos penais, que forneçam uma tutela mais completa, sem prejuízo da previsão de um sancionamento maior, para que se tornem mais eficientes no seu mister.

Para tanto, entendemos que o ideal seria que toda a matéria em torno do patrimônio cultural estivesse sistematizada em um estatuto único, prevendo os respectivos institutos e princípios que tocam a matéria, bem como as devidas medidas civis e administrativas para a sua tutela, além de tipos penais próprios capazes de realizar uma proteção suficiente do bem jurídico em questão.

Prosseguindo, no objetivo de termos um critério comparativo e aprofundarmos o nível de nossa aferição, mais adiante verificaremos de que forma comportam-se os institutos e normas em torno do patrimônio cultural no ordenamento português. O qual não é utilizado ao acaso como referencial, mas tendo em conta a sua qualidade, aliado ao fato de ali repousar os germens da identidade cultural pátria, a miscigenação concebidos a partir da nossa gestação colonial e o importante referencial teórico que a doutrina e a legislação lusitana representam para o nosso sistema.

⁵⁸⁸ Lei nº 9.605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

2 DOS DIREITOS DE DEFESA E DEVERES DE PROTEÇÃO

A defesa e a proteção dos direitos e garantias fundamentais são condições que o Estado de Direito desenvolve balizado na Constituição, dela emanando vários efeitos e comandos sobre a atuação e a abstenção estatal.⁵⁸⁹ Aqui, a existência e o exercício dos direitos fundamentais somente poderão aspirar a sua devida eficácia no âmbito de uma autêntica ordem constitucional, quando valorados como o fundamento material de todo o sistema jurídico. Ou seja, não apenas na sua função originária da defesa das liberdades, mas também como instrumento de proteção do indivíduo e da sociedade.⁵⁹⁰

Na espécie, incide um nexo de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, pois, para ostentar tal categoria, aquele exige e implica a garantia dos direitos fundamentais, enquanto que estes, para a sua devida realização, exigem e implicam que sejam reconhecidos e garantidos pelo mesmo Estado de Direito. Assim, além do vínculo entre a Constituição, o Estado de Direito e os direitos fundamentais, os últimos figuram como condição para a existência e a legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, a exemplo do vigente em nosso sistema.⁵⁹¹

Conforme Alexy, os direitos fundamentais são posições jurídicas que, diante da sua importância, a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los “não pode simplesmente ser deixada para a maioria parlamentar simples”.⁵⁹² Explica Sarlet que tais direitos são as posições que, sob o prisma constitucional positivo, “foram pelo seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição, sendo assim retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos; bem como as posições que, diante do seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal”.⁵⁹³ Trata-se, pois, do conjunto de direitos da pessoa expressa ou

⁵⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 660-1, observando que a Constituição “deve ser entendida como algo que constitui a sociedade”.

⁵⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68-70, remetendo às lições de Krebs, Schneider e Perez Luño.

⁵⁹¹ SARLET, op. cit., 2008, p. 69 e 72.

⁵⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 446.

⁵⁹³ SARLET, op. cit., 2008, p. 89, anotando tais posições como concernentes às pessoas.

implicitamente reconhecidos numa certa ordem constitucional, formando “importante parte da reserva de justiça do sistema jurídico”.⁵⁹⁴

Neste compasso, tanto o legislativo como os demais órgãos estatais com poderes normativos estão incumbidos das tarefas atinentes à realização dos direitos fundamentais e ao dever de guardar-lhes estrita observância. Tais direitos figuram ainda como “elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”, sendo, pois, “ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los”.⁵⁹⁵

Aduz Vieira de Andrade (2004) que “o núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos”, cuja função é proteger e garantir determinados bens jurídicos dos cidadãos ou o conteúdo das relações na sociedade que sejam essenciais, onde o princípio da dignidade da pessoa humana é o centro da união de tais direitos.⁵⁹⁶

Entretanto, os preceitos relativos aos direitos fundamentais não dizem respeito apenas às posições jurídicas nas quais os indivíduos são titulares perante o Estado, para dele se defenderem, mas também incidem sob o ângulo da comunidade “como valores ou fins que esta se propõe a perseguir”, em grande medida pela ação estatal.⁵⁹⁷ Trata-se do caráter duplo dos direitos fundamentais, atuando como direitos subjetivos de feição individual e como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais. uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

⁵⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. estudos de direito constitucional* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1, citando ao final o art. 60, § 4º, da nossa CF.

⁵⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82-3, ao definir o domínio dos direitos fundamentais.

⁵⁹⁷ ANDRADE, op. cit., p. 115.

⁵⁹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha*, Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 228. Ver também HECK, Luís Afonso, Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 116-7, 1999.

2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na espécie, os direitos fundamentais operam, por um lado, num plano subjetivo como garantidores de liberdades individuais e sociais; e de outro, ostentam uma função objetiva, caracterizada pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual, já que também orientam a atuação estatal, com vistas à consecução dos fins e dos valores constitucionalmente proclamados.⁵⁹⁹ Assim, na função subjetiva, eles “determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos”, e na dimensão objetiva, operam como um mandamento dirigido ao Estado no sentido de proteger tais direitos, adotando medidas efetivas para desenvolvê-los e promovê-los.⁶⁰⁰

2.1.1 A Dimensão Subjetiva

Sobre a face subjetiva apoia-se a perspectiva mais usual de abordagem dos direitos fundamentais, motivada tanto pela sua visão histórica e tradicional na concepção de *direitos do homem*, como pela principal direção da sua atual vocação funcional, “enquanto garantias jurídicas da liberdade e autodeterminação individual”.⁶⁰¹

Tal concepção está ligada ao contexto revolucionário e de transformações ocorridas a partir do final do século XVIII, quando, com a queda do antigo regime, a ascensão da burguesia e a política do liberalismo, a proteção das liberdades teve, como alvo, a defesa das interferências dos poderes públicos, vistos como potenciais

⁵⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique, 1998, p. 27, *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77. Ver ainda, PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 241; e SILVA, Júlia Alexin Nunes, Tombamento e classificação de bens culturais: estudo comparado entre Brasil e Portugal, *Revista do Instituto Brasileiro do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 2, nº 6, 2013, p. 5752-5, disponível em http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05733_05839.pdf, acessado em 30 jun. 2021, discorre sobre as dimensões objetiva e subjetiva da proteção constitucional do patrimônio cultural.

⁶⁰⁰ HESSE, op. cit., p. 230-9.

⁶⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 95.

inimigos das novas conquistas, o que então gerou uma limitação das intervenções do Estado.⁶⁰²

A fundamentação subjetiva refere-se ao significado que a norma consagradora de um direito fundamental assume para o indivíduo, seus interesses, sua situação de vida e sua liberdade, na condição de direitos básicos jurídico- constitucionais do cidadão, voltados à satisfação dos seus interesses próprios, os quais estão reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídico- pessoais.⁶⁰³

Esta dimensão caracteriza os direitos fundamentais como “direitos subjetivos potencialmente oponíveis frente a todos”, com destaque para a sua especial resistência perante o Estado, mas estando tais direitos aptos a operarem em todo o tipo de relação, seja pública ou privada. Sem prejuízo da pertinente adaptação às condições de cada caso e da necessidade de compatibilizá-los com os bens ou direitos em conflito, os quais podem ocorrer tanto numa relação Estado X indivíduo, como cidadão X cidadão.⁶⁰⁴

Para Vieira de Andrade (2004) tal aresta confere posições jurídicas subjetivas individuais, universais, permanentes e fundamentais, sendo esta no sentido da sua fundamentalidade para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, numa condição de vantagem ligada à “proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual”, traduzível no poder de exigir ou de pretender comportamentos ativos ou de abstenção, ou de produzir efeitos autônomos.⁶⁰⁵

No entender de Gomes Canotilho, é na condição subjetiva de direitos a “atos negativos” que os direitos fundamentais revelam-se como o “direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos” (ex.: liberdade de expressão), “direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas” (ex.: sigilo das comunicações), e “direito à não eliminação de posições

⁶⁰² BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., revista e ampliada, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 302.

⁶⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 4ª reimpressão, 2003, Coimbra: Almedina, p. 1256; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 119.

⁶⁰⁴ BILBAO UBILLOS, op. cit., 2006, p. 309-10.

⁶⁰⁵ ANDRADE, op. cit., p. 117 e ss.

jurídicas” (ex.: conservação da propriedade). Já, em relação aos direitos a ações positivas, enumera-os como os de “natureza fática” (ex.: prestações fáticas inerentes ao direito de segurança social), e de “natureza normativa” (ex.: proteção do direito à vida por via de normas penais).⁶⁰⁶

Na espécie, esgrima Canotilho que a tese de que os direitos fundamentais sejam, *prima facie*, garantidos como subjetivos, possui “a vantagem de apontar para o dever objetivo do Estado conformar a organização, procedimento e processo de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o indivíduo possa exigir algo de outrem”, que tenha o dever jurídico de satisfazer tal objeto. Afinal, se, em primeira linha, os direitos são algo individual, e se “um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo”.⁶⁰⁷

Dentre outros, Novais sustenta que, na dúvida, deve-se presumir o caráter subjetivo das posições protegidas pelas normas de direitos fundamentais, onde uma das suas principais características, mas não única, é a acionabilidade de um direito.⁶⁰⁸ Porém, adverte Sarlet que o grau de exigibilidade ou justiciabilidade destes direitos subjetivos “é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental”, já que esta dimensão refere-se à possibilidade do seu titular “fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito” a abstenções ou ações, as quais “lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental”.⁶⁰⁹

Dessa forma, da dimensão subjetiva resulta a possibilidade do indivíduo se autodeterminar numa área juridicamente tutelada pela imposição ao Estado dos correlatos deveres de observância, onde é reconhecido àquele o poder de exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever a que o poder público está obrigado. De modo que a sua satisfação está conectada ao momento, e à medida, em que é atribuído ao titular a competência para invocar judicialmente a observância

⁶⁰⁶ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1258-9. Vide, CANOTILHO, J. J. Gomes. O estado adjetivo e a teoria da constituição. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 5, p. 139-54, jan./jun. 2005.

⁶⁰⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1257.

⁶⁰⁸ NOVAIS, op. cit., p. 96-9, o qual lembra sobre os riscos da face subjetiva ser reduzida a tal aspecto.

⁶⁰⁹ SARLET, op. cit., 2008, *A eficácia [...]*, explica que para distinguir as duas facetas é necessário clarificar o significado da exigibilidade.

estatal do “dever que lhe foi objetivamente imposto pela norma de direito fundamental”.⁶¹⁰

Em outras palavras, se tal dever pode ser entendido como integrante do núcleo objetivo, já “o impulso, o fundamento, a orientação e os critérios de atuação correspondentes” possuem, como origem, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais,⁶¹¹ a qual “justifica e desencadeia os mecanismos objetivos diversificados de tutela e autonomia”, fazendo, do seu titular, o sujeito de direitos em torno ao qual se constrói o sistema de direitos fundamentais, como instrumentos de defesa e prestação em face do Estado.⁶¹²

2.1.2 A Dimensão Objetiva

Além da função subjetiva, os direitos fundamentais apresentam-se na ordem constitucional também como um conjunto básico de valores objetivos e fins diretivos de ações positivas por parte dos poderes públicos, sendo válidos em todos os domínios da ordem jurídica. Fornecem eles diretrizes para que sejam quitadas as obrigações do Estado de prestar assistência nas situações de necessidade, de garantir aos cidadãos a participação nas correlatas instituições e prestações estatais, bem como o dever de criar os pressupostos materiais para um exercício efetivo e devido das liberdades.⁶¹³

Neste enfoque, a análise dos direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem constitucional e do ordenamento jurídico significa que o Estado deve buscar a efetivação de tais direitos. Em consequência, esta vinculação ao sistema de direitos fundamentais gera, segundo Hesse, “não apenas uma obrigação (negativa) do Estado de se abster de ingerências no âmbito que aqueles protegem, mas também uma obrigação (positiva)” de providenciar aquilo que sirva à realização de tais direitos.⁶¹⁴

⁶¹⁰ NOVAIS, op. cit., p. 99-100.

⁶¹¹ GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1993, p. 37 e ss., *apud* NOVAIS, op. cit., p. 101.

⁶¹² NOVAIS, op. cit., p. 100-1.

⁶¹³ NOVAIS, op. cit., p. 65 e 75; e SARLET, op. cit., p. 159.

⁶¹⁴ HESSE, Konrad, “Significado de los Derechos Fundamentales”, 1996, p. 94, *apud* ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

Conforme Häberle, a dimensão objetiva “não está em relação de subordinação ou contraposição isolada à dimensão subjetiva, mas em relação recíproca de paridade hierárquica, já que ambas são tendentes ao fortalecimento de liberdade como um todo”, tanto do indivíduo como da sociedade,⁶¹⁵ de modo a guardar conexão uma com a outra.

Então, além das garantias e da expressão do seu poder de autodeterminação frente ao Estado – e apesar da origem e da justificativa histórica, filosófica, política e ética como “direitos do homem e do cidadão” –, em termos jurídicos os direitos fundamentais também se relevam como “deveres jurídico-objetivos impostos ao Estado pelas normas de direitos fundamentais”, podendo o indivíduo exigir seu cumprimento.⁶¹⁶

Nesta dimensão objetiva, “os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade”, pela qual o *status* do indivíduo “é organizado, delimitado e protegido”, inserindo-o na sociedade; de tal modo que, entre ambas, incide “uma relação de complemento e fortalecimento recíproco”,⁶¹⁷ na qual este não repele o polo subjetivo.

Tratam-se aqui de funções complementares, onde, na face subjetiva, os direitos fundamentais conferem um caráter de titularidade diante do Estado; militando em favor do indivíduo tanto uma posição de defesa (não intervenções), como o exercício do direito de liberdade (ações positivas). Enquanto que, na dimensão objetiva, desponta o valor jurídico dos direitos fundamentais sob o ponto de vista da sociedade, que em conjunto com os poderes públicos trabalha no seu reconhecimento e manutenção. Ou seja, na dimensão objetiva os direitos fundamentais devem ter sua eficácia avaliada não apenas do ponto de vista do indivíduo e das suas relações com o Estado, mas também sob o ângulo da sociedade, por se tratar de valores e de finalidades que ela deve respeitar e concretizar.⁶¹⁸

A partir do que, a Constituição é vista como ordem de valores da comunidade, devendo então por meio dos seus vetores serem orientados e conformados o

⁶¹⁵ HÄBERLE, Peter, 2003, p. 74-5, *apud* ÁVILA, op. cit., p. 46. Vide mais em HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*, Porto Alegre: SAFE, 2008.

⁶¹⁶ NOVAIS, op. cit., p. 71.

⁶¹⁷ HESSE, op. cit., 1998, p. 239-40.

⁶¹⁸ ANDRADE, op. cit., p. 114-6 e 145-6

sistema jurídico estatal e a vida em sociedade em todos os seus setores, e onde o rol de direitos fundamentais figura como um reflexo de tais escolhas valorativas lançadas no texto constitucional.⁶¹⁹

Em decorrência, a faceta objetiva dos direitos fundamentais confere legitimidade às restrições de direitos subjetivos dos particulares em prol do interesse comunitário preponderante (no que se destacam os deveres de proteção); bem como fornece certos limites ao conteúdo e ao alcance dos direitos fundamentais. Mas com a devida preservação do seu núcleo essencial e observado o princípio da proporcionalidade.⁶²⁰

Desta forma, aceitando-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais “constitui função axiológicamente vinculada”, decorre que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de alguma maneira, ao seu reconhecimento pela sociedade na qual está inserido e da qual não pode ser dissociado. De modo que, independente de subjetivação, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais assume elevado relevo na edificação de um sistema eficaz e racional para a efetivação destes.⁶²¹

Assim sendo, a dimensão objetiva também produz efeitos enquanto complemento da faceta subjetiva, reforçando a imperatividade dos direitos individuais e alargando a sua influência normativa no sistema jurídico e na vida em sociedade. Ao mesmo tempo, estabelece deveres e obrigações gerais – normalmente para o Estado, ainda quando tal não implique atribuir correlatos direitos aos cidadãos –, vindo a operar com uma “mais-valia” que confere efeitos adicionais à posição subjetiva.⁶²²

No caso, a matriz objetiva atesta “a função legitimadora dos direitos fundamentais, que corporificam o fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito” e ainda se constitui num reforço protetivo de tais direitos. No qual, por viados deveres de proteção, recai sobre o poder público a responsabilidade de

⁶¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, BARROSO, Luís Roberto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149; e SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171-86.

⁶²⁰ ANDRADE, op. cit., p. 147-8.

⁶²¹ SARLET, op. cit., 2008, p. 162 e 167.

⁶²² ANDRADE, op. cit., p. 115, 142 e 150-3, utilizando a expressão “mais valia” no sentido de *plus*.

assegurar uma tutela efetiva aos direitos fundamentais, atuando positivamente quando diante de ameaças e lesões.⁶²³

Ao consubstanciar uma ordem objetiva ou sistema de valores resultante de uma decisão constitucional, as normas de direito fundamental estão dotadas de uma força conformadora. Cujo âmbito de expansão à vista da ordem jurídica transmite ao Estado impulsos e diretrizes de atuação, a serem observados por todos os poderes públicos quanto aos deveres de prestação, proteção, instituições, organização e procedimento.⁶²⁴

Desta concepção de valores que se irradiam sobre a ordem jurídica e a atuação estatal resultam várias consequências, operando ela como um parâmetro. Assim, os outros ramos do direito não podem contrariar tal ordem de valores, as demais normas devem ser interpretadas conforme os direitos fundamentais e as novas disposições que surgirem não podem conflitar com tal sistema, sob pena de inconstitucionalidade.⁶²⁵

Igualmente, a dimensão objetiva produz efeitos sobre as garantias institucionais, no sentido de que determinadas instituições e institutos, pela sua importância e vínculo direto com os direitos fundamentais, estejam imunes à ação erosiva do legislador. Consequentemente, incide como referencial na formação e manutenção de organismos estatais e para o procedimento, considerando que, para o desenvolvimento e a efetivação dos direitos fundamentais é necessário um suporte organizacional e procedimental que os auxilie e evite os riscos de redução do significado do seu conteúdo material,⁶²⁶ o que é vital em termos de administração pública.

Não bastasse, atua ainda sobre o direito procedimental e nas estruturas de organização, diante da tarefa do Estado “de produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental”, no que contém diretrizes e critérios para que tais pressupostos sejam bem atendidos. De tal forma que, “ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu

⁶²³ PEREIRA, op. cit., 2003, p. 152-5.

⁶²⁴ MÜLLER, J. P., 1987, p. 270 e ss., *apud* NOVAIS, op. cit., p. 80 e 67.

⁶²⁵ NOVAIS, op. cit., p. 81-2.

⁶²⁶ SARLET, op. cit., 2008, p. 165-6; e SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 631-80, jan.-jun. 2003.

significado jurídico-objetivo como *determinações de competências negativas* para os poderes estatais”. Isto, no sentido de que, apesar de autorizado a limitar os direitos fundamentais, na sua função de tutelá-los e concretizá-los, o *Status* matricial da liberdade e da igualdade dos cidadãos está subtraído da esfera de competência do Estado, sendo que tal indisponibilidade também está protegida.⁶²⁷

Entretanto, apesar da íntima afinidade, não existe uma identidade direta, única e obrigatória entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a função de defesa destes, e nem da face objetiva com a função constitutiva de tais direitos. No caso, embora o viés de defesa decorra dos direitos do cidadão em face do Estado, nesta função também deveras um conteúdo objetivo diante da esfera de autonomia frente ao Estado. Já os conteúdos objetivos, além da prestação, fornecem um caráter de defesa, impedindo, *v.g.*, que um ato do poder público afete a “relevância de um valor objetivo de direito fundamental”.⁶²⁸

Com efeito, no tocante ao dever geral estatal de efetivação dos direitos fundamentais, uma importante função inserida na perspectiva objetiva diz respeito aos deveres de proteção por parte do Estado, no sentido de zelar pela tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, inclusive, preventivamente e não apenas contra as agressões advindas dos poderes públicos, mas também a de particulares e de outros Estados.

Na espécie, tais fundamentais efetivamente possuem ligação com o próprio princípio da proporcionalidade, uma vez que nem as liberdades individuais, nem os poderes estatais são ilimitados, estando estes constituídos e demarcados por competências positivas e negativas. Diante do que, mesmo quando autorizado e chamado a intervir na defesa e na proteção dos direitos fundamentais, deve agir com a devida proporção, evitando condutas que sejam excessivas ou importem deficiência no âmbito de tutela.

Afinal, a “garantia da ordem pública e da segurança interna, a preservação dos bens jurídicos comunitários básicos, o bom funcionamento das instituições democráticas e dos tribunais não podem ser vistos como meras garantias dos direitos individuais” – ainda que também assim o sejam. Mas como a realização de

⁶²⁷ HESSE, op. cit., 1998, p. 242-3 (inclusive remetendo às lições de Scheuner e Häberle), e 239, grifono original.

⁶²⁸ NOVAIS, op. cit., p. 72-3, citando ainda a alteração de um instituto que desfigure sua essência.

valores comunitários, já que constituem condições objetivas ao exercício efetivo dos direitos fundamentais.⁶²⁹

Portanto, a função dos direitos fundamentais não está limitada apenas a uma condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face dos atos estatais. Ademais se constituem em “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”, que propagam a sua eficácia para todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os poderes públicos sobre as formas de proteção de tais direitos. Decorre daí uma completa irradiação para os demais ramos do direito, manifestando-se tanto sob a forma de interpretação, como de aplicação legal, a partir do arcabouço dos direitos e garantias fundamentais expostos na Carta Constitucional.⁶³⁰

No que também estarão incluídas as normas em torno do direito administrativo e do direito penal, cuja natureza vão além do aspecto regulador e sancionador. Não mais podendo ser vistas apenas como instrumentos de limitação de liberdades, todavia figurando ainda como ferramentas que o Estado utiliza para cumprir a sua obrigação de tutela dos valores fundamentais e dos bens jurídicos mais preciosos, em especial, os conectados a estes direitos.

Assim sendo, a Constituição desponta como fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, os quais vinculam os poderes do Estado numa relação de conformidade, apresentando-se numa dupla dimensão de caráter objetivo e subjetivo, cujos efeitos expansivos conferem direitos de proteção ao indivíduo e deveres de tutela ao Estado. Diante do que, além da tese clássica dos direitos fundamentais vistos como defesa e liberdade, adiciona-se a tese dos direitos fundamentais como um sistema de valores que rege todos os âmbitos do direito, tanto no que veda o excesso, como a proteção deficiente.⁶³¹

⁶²⁹ HESSE, op. cit., p. 240; e ANDRADE, op. cit., p. 154. Ver também STEINMETZ, Wilson, “A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais”, São Paulo: Malheiros, 2004, 103-5 e 123.

⁶³⁰ SARLET, op. cit., 2008, p. 165; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade. notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria crimina. In *Criminologia e Sistemas Jurídico- Penais Contemporâneos*, GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.), Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 212.

⁶³¹ FLACH, Michael Schneider. A intervenção estatal no direito de propriedade e a salvaguarda de bens culturais. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Plenum, nº 18, junho 2018, p. 161-167, no tocante à restrição autorizada de direitos; e FLACH, Michael Schneider. A estreita vinculação entre direito penal e constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Ano 10, nº 18, p. 201-233, 2010.

2.2 OS DIREITOS DE DEFESA

Conforme a concepção clássica de matriz liberal-burguesa, num primeiro plano os direitos fundamentais constituem-se em direitos de defesa do cidadão contra as ingerências do Estado em face da sua vida, liberdade e patrimônio. A partir disso, na função de defesa os direitos fundamentais objetivam limitar o poder estatal, garantindo ao indivíduo um patamar de liberdade, bem como “outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas” e eliminar agressões que esteja a sofrer no âmbito dos seus direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.⁶³²

Desta forma, no plano defensivo, os direitos fundamentais são voltados a proteger o indivíduo contra as intervenções dos Poderes Públicos, como direitos de defesa do cidadão em face do Estado. O que gera um dever de abstenção da parte dos poderes públicos e uma obrigação de respeitar determinados interesses individuais, de modo a omitir-se da prática de ingerências indevidas e a intervir na esfera pessoal de liberdade do cidadão “apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”.⁶³³

Nota-se, porém, que a função de defesa dos direitos fundamentais não importa a plena exclusão do Estado nesta relação, mas uma formalização e uma limitação do seu poder interventor, vinculando o âmbito de ingerências dos poderes públicos a dadas condições e pressupostos de índole material e procedimental. De modo a não implicar, meramente, a vedação interventiva na esfera de liberdade pessoal, e, sim, bloquear as condutas ameaçadoras e agressivas que estejam desconformes com a Constituição.⁶³⁴

Assim, para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva. No plano objetivo, constituem-se em “normas de competência negativas para os poderes públicos”, de modo a proibir “as

⁶³² SARLET, op. cit.. *A eficácia [...]*, 2008, p. 186, citando Starck, Jarass-Pieroth e Bleckmann e Manssen.

⁶³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433 e 442.

⁶³⁴ DREIER, Horst 1994, p. 506, *apud* SARLET, op. cit.. *A Eficácia [...]*, 2008, p. 186. Ver ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional. In *Dos Princípios Constitucionais, Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, 2ª ed., LEITE, George Salomão (Org.) ,São Paulo, Método, 2008, p. 155-85.

ingerências destes na esfera jurídico-individual”. E no patamar subjetivo, implicam “opoder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva)” e exigir omissões do Estado para “evitar agressões lesivas por parte” deste (liberdade negativa)”.⁶³⁵

Nesse lastro, na categoria de defesa os direitos fundamentais operam comolimitadores do uso abusivo do poder público, de modo a garantir ao indivíduo uma tutela especial contra as ingerências externas, notadamente as do Estado. Mas não apenas isto, pois também se projetam frente aos particulares, para que se abstenham de atos que possam perturbar o exercício de comportamentos permitidos. De onde, possibilitam ao cidadão um relativo arbítrio nas suas condutas, desde que tal zona de liberdade não importe a violação de outros direitos protegidos. Para tanto, os direitos de defesa assumem identificação com os “fundamentais da primeira dimensão, integrados pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade”. Abrangem ainda “as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger”, contra as ingerências indevidas dos entes públicos e privados, assegurando a personalidade e a autonomia do indivíduo, nos limites e na forma da lei.⁶³⁶

Conforme Alexy os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: “direitos a que o Estado não impeça” ou dificulte “determinadas *ações* do titular”; direitos a que “o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito”, e “direitos a que o Estado não elimine” certas “*posições jurídicas* do titular do direito”.⁶³⁷

O primeiro grupo consiste no direito ao não embaraço de ações, no sentido de que o Estado não impeça, dificulte ou represente algum obstáculo indevido a tais atos, como no caso de manifestações lícitas de opinião, de credo ou de expressão artística. Aqui, quando algum ente estatal for o responsável pelo ato perturbador, a

⁶³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 408. Vide CANOTILHO, Gomes. Dogmática de Direitos fundamentais e direito privado. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit. p. 346-8; e CANOTILHO, Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, GRAU, Eros; GUERRA Filho W. S. (Org.), São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-15.

⁶³⁶ SARLET, op. cit.. *A eficácia [...]*, 2008, p. 187, inclusive com amparo no escólio de Stern.

⁶³⁷ ALEXY, op. cit., p. 196, grifos no original. O autor apresenta a estrutura do que denomina de “direitos a algo”, nos quais estão os “direitos a ações negativas (direitos de defesa)” e a “ações positivas”.

não violação do direito fundamental assume a característica de direito de defesa puro, impondo ao causador do obstáculo um dever de não impedir o comportamento permitido. Todavia, como tais impedimentos também podem ser praticados por particulares, nesta hipótese ao direito de defesa alia-se um dever prestacional por parte do Estado, para que o entrave seja proibido, removido e o direito fundamental possa ser exercido licitamente.⁶³⁸

O outro direito consiste na não afetação de certas características e situações do titular do direito fundamental por parte do Estado, que podem ser exemplificadas no direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações (art. 5º, XI e XII CF), como o impedimento de que uma situação jusfundamental reconhecida seja afetada.

O terceiro grupo de direitos de defesa como “ações estatais negativas” é o dos “direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”. Aqui, tomando como base a necessidade de conformação pelo legislador ordinário do direito fundamental insculpido na Constituição, este grupo representa uma posição de defesa, no sentido de que a norma válida, correspondente a um direito, não sofra um ato estatal que a prejudique, de modo a descaracterizar ou a eliminar tal direito (posição).⁶³⁹

Contudo, importa observar que, nos casos em que é exigível o não impedimento de condutas e a não afetação de situações do titular, pode ser necessária a chamada “prestação negativa”, não como um direito de proteção direta, no entanto, como complemento ao de defesa. Pois, no plano subjetivo, este implica tanto a liberdade positiva de exercer certos direitos, como a negativa de exigir a omissão de atos que sejam prejudiciais.

Ocorre que embora da leitura dos direitos fundamentais desponte uma função de primazia defensiva, a qual assegura ao indivíduo uma ampla margem de liberdade e de autodeterminação, verifica-se que tal liberdade roga a presença de certos pressupostos onde a fruição efetiva dos direitos de defesa pode conectar-se a

⁶³⁸ ALEXY, op. cit., 2008, p. 196.

⁶³⁹ ALEXY, op. cit., 2008, p. 199.

dadas prestações, cuja incidência indireta nem por isso confunde a função de defesa com a de proteção.⁶⁴⁰

Em tais situações, o dever de abstenção de atos que embarcem ou afetem os citados direitos fundamentais é um autêntico “direito de defesa”. Ao qual, de modo indireto, também corresponderá um determinado âmbito de proteção, para que não seja frustrado o seu devido exercício e nem afetada a fruição das garantias que lhe são inerentes. Tudo de modo a cumprir na íntegra a sua função original defensiva, e sem que isso altere esta sua característica. Já que aqui, tal modalidade protetiva é instituída por um direito de igual conteúdo ao que comina que o Estado ou o particular não venham a impedir, nem afetar o gozo do respectivo direito.

Nesse lastro, é interessante referir a teoria dos quatro status de Jellinek, para a qual Alexy apresenta uma elaboração, onde o “status negativo em sentido *amplo* –que extrapola a sistemática de Jellinek – diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o status negativo em sentido estrito” (este apenas quanto às “liberdades jurídicas não protegidas”). Já “ao status positivo em sentido *estrito* pertencem somente direitos a ações positivas”. Enquanto que, ao positivo em “sentido *amplo*, pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas”. Ou seja, os direitos que são acrescidos ao “status negativo em sentido estrito, para que se possa convertê-lo em um status negativo em sentido amplo (direitos de defesa), são uma subespécie dos direitos do status positivo em sentido amplo”.⁶⁴¹

Por sua vez, Battis e Guzy entendem que, como na sua condição de defesa os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade do cidadão contra interferências estatais ilegítimas, a violação de tal preceito gera uma correspondente pretensão do indivíduo em face do Estado, consistente em abstenção, revogação e anulação.⁶⁴²

⁶⁴⁰ NEUNER, Jörg, NEUNER, Jörg. O código civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., 2006, p. 259. Aqui, expomos que a prestação negativa não incide só sobre o “não impedimento” (como direitos ao exercício e ao não embaraço de condutas). Mas também sobre os direitos a “não afetação”, para garantir a manutenção e a ausência de ataques às situações que estas representam.

⁶⁴¹ ALEXY, op. cit., 2008, p. 267 (grifos no original). Sobre a teoria dos status de Jellinek, v. p. 254-75.⁶⁴² BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, 1999, p. 236, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. estudos de direito constitucional, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3. Aqui, os autores acrescem as pretensões de “consideração”, e “defesa” contra terceiros. Já FREITAS, L. F. Calil. Direitos fundamentais. limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do

Entretanto, salienta-se que na classificação dos direitos fundamentais os direitos de “defesa” e de “proteção” pertencem a categorias diferentes. Sendo que o ponto em comum é apenas a natureza dos bens protegidos e as pretensões que em ambos são dirigidas ao Estado. Mas com a crucial diferença que no direito de defesa a ameaça é estatal, e no de proteção é de terceiros, de modo que aqui incumbirá ao poder público defender o cidadão do ataque ilícito.

Afinal, na sua função de defesa os direitos fundamentais constituem limites negativos à atuação do Poder Público, como quando tutela os bens jurídicos fundamentais de ingerências indevidas. Ao passo que, no desempenho da função ligada aos deveres de proteção, atuam como imperativos de tutela, no que as normas de direitos fundamentais implicam primeiramente deveres de atuação estatal positiva, em cujo desempenho não apenas é autorizado como é obrigado a agir preventiva ou repressivamente.⁶⁴³

2.3 OS DEVERES DE PROTEÇÃO

Da evolução do Estado de Direito sob a figura do Contrato Social decorre que este não pode ser visto apenas como um instrumento de mediação das relações entre o cidadão e o poder público, mas que tal pacto também é válido em face dos membros da sociedade, na medida em que todos tem o dever de respeitar os direitos dos demais. Afinal, por vivermos em comunidade, o direito de um requer, por parte dos outros, condutas compatíveis com seu exercício, fazendo com que o Estado tenha a obrigação não apenas de respeitar os direitos fundamentais como de garanti-los.

Considerando-se que os direitos, as liberdades e as garantias reúnem direitos de conteúdo diferente, de estrutura variável e passíveis de formas diversas de serem realizados, para a sua concretização não é exigível apenas uma conduta de

Advogado, 2007, p. 63-69, explica que ao “direito a não obstaculização de um ato corresponde à proibição de atos que configurem” embaraço. E que “a proteção que esse estabelece é do tipo proteção negativa.”. Pois as normas fundamentais “expressamente permissivas constituem” as chamadas “liberdades protegidas”, as quais “correspondem às ações incluídas no âmbito de proteção daquelas.”

⁶⁴³ SARLET, op. cit., 2008, p. 217-9. V. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-75; e NOVAIS, op. cit., p. 74.

abstenção por parte do Estado, mas também ações em nível prestacional. Inclusive em face de certas liberdades nas quais a ausência de prestações positivas poderiam inviabilizá-las, tendo em vista que seu livre exercício realmente roga condições de segurança mínima.⁶⁴⁴

Na sua versão mais conhecida, os direitos fundamentais estão voltados a resguardar o indivíduo contra as intervenções dos poderes públicos, como direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, devendo este abster-se de agir contra aquele. Porém, em favor do indivíduo incide ainda um direito a uma ação estatal positiva, o qual, em termos prestacionais, engloba obrigações variadas, incluindo as de proteção do sujeito contra condutas de outros cidadãos, mesmo que por meio de normas sancionadoras,⁶⁴⁵ sejam estas administrativas ou até criminais.

Assim, de um lado, se a função primeira dos direitos fundamentais é defender o cidadão perante as ingerências do poder público; de outro também milita em favor daquele um direito de proteção. Sendo que este impõe ao Estado o dever de tutelar os direitos fundamentais dos titulares, diante de eventuais agressões alheias; como no caso do direito à vida, o qual o Estado está obrigado a proteger de forma eficiente.⁶⁴⁶

Nesse norte, diante do dever geral de efetivar os direitos fundamentais, ao ente estatal incumbe zelar pela sua proteção, o que desencadeia a obrigação de adotar medidas positivas para garantir e tutelar a fruição destes direitos de forma eficaz. De modo a disponibilizar os meios materiais adequados e “implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”.⁶⁴⁷

Tal categoria é a dos direitos fundamentais à prestação, os quais garantem a liberdade tanto perante o Estado, como por intermédio dele, seja de ataques públicos ou privados, partindo do fato de que a conquista e a manutenção das

⁶⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 100-2.

⁶⁴⁵ ALEXY, op. cit., 2008, p. 442.

⁶⁴⁶ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 408-9. Na mesma linha, VIEIRA, Iscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46-7.

⁶⁴⁷ SARLET, op. cit.. *A eficácia [...]*, 2008, p. 204 e 210. Vide, SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-151; e KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana, in *Dimensões da dignidade*, idem, op. cit., p. 153-84.

liberdades cidadãos “dependem em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.” Nesse contexto, o ônus estatal reside tanto em se abster de intervenções indevidas na área de liberdade do indivíduo, como em realizar ações objetivando garantir e proteger os direitos fundamentais.⁶⁴⁸

Inclusive, tem-se sustentado que a dedução dos deveres de proteção “resultaria da combinação do conteúdo das restrições a direitos fundamentais com a vinculação do Estado a atuar em conformidade com o princípio da socialidade estatal”, o que também justifica a edição de normas penais como uma das formas mais típicas de proteção jusfundamental, mormente quando a “Constituição estabelece um mandato de intangibilidade ou um imperativo de tutela efetiva das relações sociais”, vindo a vincular todos os poderes públicos.⁶⁴⁹

Na espécie, esta vinculação dos Poderes do Estado aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever de abstenção, ou de prestação, ou de garantia de participação, a depender do direito, mas sim implica “o dever de promoção e de proteção dos direitos perante quaisquer ameaças, a fim de assegurar a sua efetividade”.⁶⁵⁰ Tal ônus vai ainda mais além, na medida em que o art. 18.1 da Carta portuguesa determina que os preceitos constitucionais a respeito de direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam tanto as entidades públicas, como privadas.

O teor do art. 18.1 é válido tanto para os direitos de defesa, como para os deveres de proteção, e os seus efeitos irradiam para todas as esferas do Poder Público, além de também produzir vinculação com os entes privados. O que na hipótese em estudo torna-se ainda mais interessante, na medida em que o art. 216, §1º, da Constituição brasileira determina que tanto o Estado como a sociedade, devem agir em favor da promoção e da proteção do patrimônio cultural.

Tal obrigação de proteção diz respeito aos bens jurídicos amparados pelos direitos fundamentais, de modo que deve ser garantida a sua higidez frente e toda e

⁶⁴⁸ SARLET, op. cit., *A eficácia* [...], 2008, p. 204 e 210, remetendo à lição de Pieroth e Schlink.

⁶⁴⁹ SILVA, Jorge Pereira. Deveres do Estado de protecção dos direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 80, 83, 84 e 127, anotando ainda que “os direitos sociais são no essencial direitos a prestações; os deveres de proteção são na sua essência dimensões jusfundamentais *que implicam prestações*, sendo que no “centro dos deveres de proteção estão bens jurídicos escolhidos em função da possibilidade de serem alvo de ameaças não estaduais (privadas, naturais ou externas)”.

⁶⁵⁰ ANDRADE, Vieira, op. cit., p. 138.

qualquer ameaça ou ataque que possam incidir sobre eles, seja por parte de órgãos públicos, por forças internas ou externas, humanas ou naturais.⁶⁵¹

Da mesma forma, no art. 9º, “a”, da Constituição de Portugal está gravado entre as tarefas fundamentais do Estado a questão da cultura. E o art. 18.2, prevê a possibilidade da lei restringir direitos para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Neste sentido, aos deveres de proteção se alia o princípio da proibição da proteção deficiente, para que os níveis de salvaguarda dos direitos fundamentais não fiquem aquém dos parâmetros constitucionais, o que autoriza as respectivas restrições.

Os sujeitos envolvidos nesta equação são múltiplos. Primeiro o titular do direito cuja proteção é devida, conferindo-lhe a segurança necessária à tutela e fruição. Depois o sujeito ativo que está na origem de ameaça ao bem jurídico protegido, e cuja esfera de atuação será delimitada pela respectiva norma incidente. Depois os terceiros, que podem vir a ser chamados a atuar em conjunto com o poder público, como no caso da comunidade, ou mesmo outros afetados, e no caso do art. 64 da Lei 9.605/1998 que sanciona a construção no entorno de solo não edificável, em virtude do seu reconhecimento e proteção como bem cultural. A administração direta, por via de obrigações positivas e negativas. E ainda o Judiciário, na solução de conflitos, interpretação e aplicação das normas protetivas.⁶⁵²

A partir disso, os direitos fundamentais passam a emanar um duplo comando, que, de um lado, firma resistência sob a forma de proibições de intervenção, e, de outro, requer proteção, sob pena de insuficiência. Nesta face, incidem os imperativos de tutela a serem exercidos pelo Estado em favor do cidadão, os quais podem ser decompostos em deveres de: proibição (proibir certa conduta), segurança (proteger o indivíduo contra ataques alheios por meio de dadas medidas) e evitar riscos (prevenção e proteção).⁶⁵³

Conforme Alexy, todo o direito à ação positiva do Estado assume a forma de um direito de prestação, nos quais se incluem desde a tutela do indivíduo contra os seus pares por meio das leis penais, passam pelas normas de organização e

⁶⁵¹ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Anotação ao art. 18. In Constituição portuguesa anotada, Tomo I, 2ª ed., MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Org), Coimbra: Coimbra, 2010, p. 342-3. ⁶⁵² SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 560-1.

⁶⁵³ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke, 1996, p. 35-6, *apud* MENDES, op. cit., 2007, p. 12.

procedimento, e englobam as prestações sociais específicas de bens e serviços. Aqui, os direitos a prestações em sentido amplo são por ele divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito.⁶⁵⁴

Desta forma, os *direitos de prestação em sentido amplo* são dotados de uma pretensão “prima facie” dirigida para que os poderes públicos desenvolvam meios e cumpram deveres de atuação destinados a garantir a fruição efetiva das liberdades (proteção em sentido estrito); a dispor de procedimentos e de organização institucional para que o Estado tutele adequadamente os direitos fundamentais (direitos à organização e procedimento), e a prover os mecanismos sociais indispensáveis ao exercício de tais direitos e a satisfação das necessidades básicas (direitos sociais).⁶⁵⁵

Explica Alexy que os direitos de tal natureza podem ser considerados como prestacionais apenas quando “se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional”, devendo ser diferenciados dos direitos subjetivos sem gabarito constitucional e dos que, tendo este nível, não outorguem direitos subjetivos, assumindo o caráter de objetivo.

Aqui, “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva” deste em favor daquele, o qual “tem a competência de exigir judicialmente esse direito”. Também, estes são ora qualificados como sendo os que detêm o “titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, diante das mais diversas formas de perigo e lesão aos respectivos bens jurídicos, o que deverá ser realizado de modo compatível e eficiente, inclusive por meio de normas criminais.⁶⁵⁶

Na espécie, este autor alemão considera os direitos à proteção como “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas do Estado”, para “demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia”, além da “exigibilidade e a realização” desses limites. Tal nexos ocorre num processo de configuração e aplicação estatal, para cuja análise correta também devem ser

⁶⁵⁴ ALEXY, op. cit., p. 442-4.

⁶⁵⁵ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 806-7.

⁶⁵⁶ ALEXY, op. cit., p. 445 e 450.

considerados os problemas conexos relacionados “à existência, à estrutura e à justiciabilidade desses direitos”.⁶⁵⁷

Para tanto, com o fim de realizar os direitos à proteção, entre as ações positivas que o legislador deve desempenhar as “fáticas” podem ser exemplificadas na figura de medidas de direito administrativo, ou mesmo ações ligadas à segurança pública. Já as ações “normativas” consistem na elaboração de normas, como as de caráter penal voltadas para a tutela eficaz dos direitos fundamentais e para a criminalização dos atentados contra eles.⁶⁵⁸

Com efeito, entende Grimm que o dever de proteção não se confunde com os direitos sociais e prestacionais de segunda geração. No entanto, sim, é um direito de primeira geração, ligado às liberdades tradicionais e individuais na sua dimensão horizontal, e que se constitui numa outra face dos direitos fundamentais. Sendo que estes, em verdade, não assumem apenas o polo negativo de proteção das liberdades pessoais em face do Estado, mas também representam o dever de tutelar o indivíduo diante de outros agentes e formas de ataques.⁶⁵⁹

Ainda, assinala Novais sobre a aceitação de duas formas de integrar o dever estatal de proteção. Uma, como obrigação correspondente de um “eventual direito subjetivo, em sentido lato, dos particulares à proteção ou à segurança”. A outra, como “consequência jurídica dos conteúdos objetivos positivos dos direitos fundamentais ou da sua natureza de decisões objetivas de valor”, posição esta na qual ele se filia.⁶⁶⁰

A tal respeito, Alexy informa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha “não é muito clara em relação à alternativa direito subjetivo ou (mera) norma objetiva”, e que, embora a citada Corte prefira “formulações e construções objetivas”, também são “percebidas indicações claras no sentido de uma interpretação subjetiva”. De modo que, no âmbito da jurisprudência deste Tribunal

⁶⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 450-1, acrescentando que tal “é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica”.

⁶⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 202; e ÁVILA, Tiago, op. cit., p. 52. Vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança. *Revista da Ajuris*, ano 35, nº 109, p. 57-71, março 2008.

⁶⁵⁹ GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. In *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, Daniel (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 156-7, 2007.

⁶⁶⁰ NOVAIS, op. cit., p. 86-7.

estrangeiro, é possível afirmar “que o problema da subjetivação dos deveres de proteção ainda está em aberto.”⁶⁶¹

Da mesma forma, Dieter Grimm observa “uma tendência geral de ‘subjetivar’ os elementos objetivos dos direitos fundamentais”, o que tem sido realizado pela Corte Constitucional alemã em relação aos direitos de proteção. Isto significa que o “indivíduo cujo interesse constitucionalmente protegido pode vir a ser violado por terceiros tem uma pretensão contra o Estado caso as leis existentes não o protejam de forma suficiente.” Então, aqui o legislador que se queda omissor nas situações em que deveria agir, viola tanto o direito constitucional objetivo, como o individual do cidadão.⁶⁶²

Neste particular, entende Robert Alexy que apenas a “subjetivação dos deveres de proteção faz justiça ‘ao sentido original e permanente dos direitos fundamentais’ como direitos individuais”, sendo que tal subjetivação pode ser justificada “por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais.” A vantagem principal deste viés é “que o reconhecimento de direitos subjetivos implica um maior grau de realização que o simples estabelecimento de um dever objetivo”, pois uma mera “proibição objetiva de intervenção significaria menos que um direito subjetivo de conteúdo similar.” De modo que a faceta objetiva seria um reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos.⁶⁶³

Por sua vez, Reis Novais considera que a “dedução de deveres concretos de atuação estatal, designadamente por força do encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros” são uma decorrência da dimensão objetiva de tais direitos, a partir da sua inserção comunitária. Assim, adviria daqui a obrigação estatal de “velar pela integridade dos

⁶⁶¹ ALEXY, op. cit., p. 452-3. V. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 268, 1999.

⁶⁶² GRIMM, op. cit., p. 163. Vide SCAFF, Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. O efeito vinculante e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 5, p. 527-56, jan./jun. 2005.

⁶⁶³ ALEXY, op. cit., 2008, p. 452-5 e 454-6. Mas, explica que em certas decisões o Tribunal fala apenas em “dever do Estado, e não em direitos do indivíduo à proteção” (Schleyer: BVerfGE 46, 160 [164-5]), ou apresenta distinção entre direitos fundamentais e “deveres jurídico-objetivos de proteção, que podem ser derivados da ordem de direitos fundamentais” (Kalkar: BVerfGE 49, 89 (140), demonstrando uma tendência objetiva. Mas sobre a “subjetivação do dever de proteção” na decisão Mülheim-Karlich tal é “inevitável, pois esse caso dizia respeito a uma reclamação constitucional que só pode se basear em uma violação de direitos.” Ver também, HECK, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: SAFE, 1995,

bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das atividades por ele tipicamente protegidas”, seja por entes públicos ou por terceiros.⁶⁶⁴

Para este autor luso, em resultando dos conteúdos jurídico-objetivos positivos o dever de proteção, o Estado está obrigado a uma atuação normativa ou fática “tendente a garantir os bens e as atividades protegidas dos direitos fundamentais” contra ataques. Aqui, o dever de proteção pode ser traduzido “numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica”, onde, nela e por via dela, “os direitos fundamentais estejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efetivação”.⁶⁶⁵

Por tal concepção, da face objetiva dos direitos fundamentais é que resultariam as diretrizes sobre o dever de proteção e o ônus estatal de garantir um padrão mínimo de tutela, que se não observados redundariam em violar a proibição constitucional de atuação deficiente. Diante da qual estão vinculados os poderes públicos com vistas a propiciar condições mínimas para o resguardo e o exercício dos direitos fundamentais.⁶⁶⁶

De onde, conforme Böckenförde, “o dever de proteção pode constituir o conceito central da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais”, nos quais estes produzem efeitos de promoção e proteção, gerando ao Estado o dever de propiciar condições objetivas mínimas para o exercício dos mesmos.⁶⁶⁷ Não apenas na via material como também por meio de prestações normativas, no sentido de possibilitar um padrão mínimo que garanta o efetivo exercício das liberdades lícitas dos cidadãos, bem como as condições para a concretização e observância das garantias constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, Hesse explica que, dentro da ordem constitucional, o especial significado dos direitos fundamentais gera a correspondente aspiração de proteger e conservar a sua eficácia, obrigando o Estado a fazer o possível para a sua

⁶⁶⁴ NOVAIS, op. cit., p. 86-7. Ainda, entende que a maioria da doutrina adere à posição objetiva, enquanto que, na de direito subjetivo, “o dever de proteção integrar-se-ia na vertente negativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, como conjunto de deveres impostos ao Estado por tais normas fundamentais.

⁶⁶⁵ NOVAIS, op. cit., p. 82-3 e 88-9, acrescentando que tal atuação também pode ser judicial.

⁶⁶⁶ FERNÁNDES SEGADO, Francisco. El derecho a la libertad y a la seguridad personal en Español. *In Direito constitucional. Estudos em homenagem [...]*, op. cit., 2001, p. 416-23; e NOVAIS, op. cit., 2003, p. 76-7.

⁶⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, 1990, p. 12, *apud* NOVAIS, op. cit., 2003, p. 89.

realização. Em decorrência, daí abstrai-se que dos direitos fundamentais resulta diretamente um “dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas” de pessoas ou poderes, não só por omissões, mas também por ações.⁶⁶⁸

Quanto à celeuma no qual “até que ponto ao dever de proteção objetiva do Estado corresponde um direito subjetivo do cidadão no sentido de uma pretensão individual processável”, esgrima Hesse que “tal pretensão pressupõe que ela se deixe desenvolver com precisão suficiente do direito objetivo”. O que, em regra, gerará para o Estado o dever de agir, sem que ele esteja vinculado ao modo “como” tal ação será realizada, salvo quando o seu espaço de conformação estiver reduzido a zero,⁶⁶⁹ como no caso de específicos mandados constitucionais de criminalização.

Para tais situações, entende Vieira de Andrade que só se deve aceitar um direito subjetivo à proteção, correspondente a tal dever estatal, “quando se trate de uma atuação pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjetivo”, no seu aspecto nuclear e na proporção do seu relevo.⁶⁷⁰

De qualquer forma, a dimensão dupla dos direitos fundamentais exige não só uma abstenção estatal, mas também uma ação positiva, e que, como imperativo de tutela, seja capaz de proporcionar a proteção efetiva que se espera e se necessita de um autêntico Estado de Direito. Sendo ônus do Poder Público “recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.⁶⁷¹

Nesse âmbito, os deveres de proteção do Estado estão conectados aos próprios direitos fundamentais como um todo, a sua extensão material e plurifuncionalidade complexa, fazendo parte do seu conteúdo alargado. Tais deveres que impendem sobre o Estado “gravitam em torno de um núcleo central que é

⁶⁶⁸ HESSE, op. cit., 1998, p. 264 e 278. Ver também FLACH, Michael Schneider; CIBILS, Patrícia Maldaner. Direitos de Defesa, deveres de proteção ponderação constitucional e proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 85, p. 133-52, jan.-jun. 2019.

⁶⁶⁹ HESSE, op. cit., 1998, p. 280-1. Mas é claro, observando-se o princípio da proporcionalidade.

⁶⁷⁰ ANDRADE, Vieira, op. cit., p. 156, alertando sobre a tentação de “ressubjetivar” tais efeitos.

⁶⁷¹ MACHADO, João Batista, 1983, p. 59, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 434. Vide BRANDÃO, Cláudio. Significado político constitucional do direito penal. In *Direito penal contemporâneo. estudos em homenagem ao prof. José Cerezo Mir*, PRADO, Luiz Regis (Org.), São Paulo, RT, 2007, p. 120-9.

constituído por um bem jurídico, razão de ser última da norma de direitos fundamentais”.⁶⁷²

Portanto, como o Estado encontra-se obrigado por uma norma fundamental a proteger de forma eficaz um bem jurídico especialmente importante, com frequência será inevitável que as liberdades dos demais detentores de direitos fundamentais sejam atingidas por tais meios protetivos. Afinal, é dever daquele zelar pela dignidade da pessoa e dos valores a ela inerentes, nem que para tanto, por vezes, tenha de restringir certas liberdades, justamente para que os outros possam usufruir da devida liberdade.⁶⁷³

2.4 LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabidamente a liberdade é a regra geral e o valor básico da vida em sociedade, estando protegida pela Constituição. Mas também, sabe-se que é de natureza do Estado de Direito que ele realize intervenções nas liberdades dos indivíduos, com o fim de adequá-las ao exercício dos direitos comuns aos demais cidadãos. Assim, tanto a liberdade como as intervenções legislativas não são grandezas absolutas.⁶⁷⁴

Na espécie, para que tais restrições possam incidir sobre aqueles direitos, é necessário que se realizem de forma proporcional, visando à tutela de outros valores relevantes e de modo a não contrariar a Constituição. Do contrário, caso a intervenção figure como incabível, sem razão, desmedida, ou de algum modo

⁶⁷² SILVA, Jorge Pereira da. Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 355-6, inclusive com amparo em R. Alexy e J. R. Novais. Ainda, complementa que “uma coisa é o bem jusfundamental em si mesmo, outra a armadura jurídico complexa que o direito (constitucional e ordinário) monta em torno dele e que visa, em última análise, a preservação da sua integridade, a garantia das suas condições de desenvolvimento, ou mesmo a sua perpetuação ou promoção activa. A denominada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, para a qual contribuem os deveres estaduais de protecção, corresponde afinal de contas à agregação das diferentes partes dessa armadura jurídico-constitucional com que se pretende tutelar os tais bens jurídicos, nas inúmeras encruzilhadas que a vida sempre os coloca”.

⁶⁷³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, p. 203. Nesta linha é a decisão da corte suprema da Alemanha Ocidental, BVerfGE 39, 1, de 25/02/1975, *apud* SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Coletânea Original. Org. e Introdução: MARTINS, Leonardo; Trad.: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 271.

⁶⁷⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In *A constitucionalização do direito*, op. cit., 2007, p. 813-9.

exceder os limites padrões da Lei Superior, deve ser declarada inconstitucional e extirpada do sistema.⁶⁷⁵

Ocorre que os direitos fundamentais são garantias que asseguram uma tutela “de tal forma forte à liberdade e autonomia individuais que o Estado democrático só nelas pode penetrar condicionalmente”, mediante a observância de vários requisitos e tendo por justificativa a tutela de outros bens de idêntica ou superior valia, o que deverá ser obedecido rigorosamente sob pena de excesso e manifesta inconstitucionalidade.⁶⁷⁶

Dessa forma, deve ser analisada a justificativa que a norma apresenta em seu favor, já que, de início, tanto o direito afetado como a medida que o atinge, desfrutam de validade “prima facie”. Tal exame é realizado à luz da proporcionalidade e, se aprovado nele, a norma adquire validade permanente, convertendo-se numa autêntica restrição de direito que repele a presunção do valor afetado. Mas, se constatada sua desproporção, ela representará uma vulneração de direito, tornando-se inconstitucional e perdendo o seu caráter “prima facie” em favor do bem afetado, cuja valia tornar-se-á definitiva.⁶⁷⁷

Portanto, além dos próprios direitos fundamentais formarem uma barreira que, por si só, limita e inibe intervenções indevidas, o princípio da proporcionalidade está integrado por um conjunto de critérios que permitem medir a licitude das limitações normativas das liberdades e das interpretações ou aplicações que restrinjam o seu exercício. Também, tal princípio constitui-se numa etapa que toda a intervenção nos direitos fundamentais deve transpor para obter justificação jurídica, de modo a aferir até que ponto tal direito afetado tolera as restrições que lhe estão sendo impostas.⁶⁷⁸ Afinal, como bem coloca Amelung (2007) “os direitos fundamentais protegem frente ao Estado os mesmos bens que o direito penal protege frente aos cidadãos”.⁶⁷⁹

Assim, além de operar como um critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas, a proporcionalidade está sempre ligada à ideia de equilíbrio

⁶⁷⁵ BERNAL PULIDO, op. cit., *El principio de proporcionalidad* [...], 3ª ed., 2007, p. 530.

⁶⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In A constitucionalização do direito, op. cit., 2007, p. 371 e 377.

⁶⁷⁷ BERNAL PULIDO, op. cit., *El principio de proporcionalidad* [...], 3ª ed., 2007, p. 691-2.

⁶⁷⁸ BERNAL PULIDO, op. cit., *El principio de proporcionalidad* [...], 3ª ed., 2007, 3ª ed., p. 526-7, remetendo às lições de Barnés e Isensse

⁶⁷⁹ AMELUNG, Knut. El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría penal de la protección de bienes jurídicos. La teoría del bien jurídico. HEFENDEHL, Roland (Org.), Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 238, tradução livre do autor.

daquilo que reivindicam os direitos de defesa e de tutela. Decorre daí a sua dupla dimensão, a qual não pode ser reduzida a um formato de “liberalismo avesso a uma integração de liberdade e Direito”, que rejeite qualquer intervenção nos bens individuais. Mas, sim, deve-se expressar numa concepção de garantia “dos direitos fundamentais vinculada ao princípio da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana”, a qual não pode ser degradada por atos excessivos do Estado e nem por sua reprovável ineficácia.⁶⁸⁰

Neste norte, o art. 18º, 2º da Constituição Portuguesa fornece bases para tais limitações, além de conteúdo claro sobre a proporcionalidade e o excesso,⁶⁸¹ ao prever que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou outros interesses constitucionalmente protegidos”.⁶⁸²

Tal significa que as restrições não são proibidas, mas que se submetem a vários requisitos para sua permissão. O primeiro é de que devam estar previstos por expresse ou, no mínimo, decorram implicitamente do seu texto, configurando os chamados *limites imanes* – os quais para o seu reconhecimento devem respeitar certas exigências. O segundo, é a de que a restrição apenas se justifica em razão de outro interesse ou direito nela tutelado, sendo legítimo invocar bens e valores constitucionais pertinentes, desde que haja “ligação com o direito fundamental, cuja restrição é suposto justificar”.⁶⁸³

Os demais requisitos são: que a restrição exigida para tal salvaguarda seja apta para o efeito que pretende e que se limite apenas ao que for preciso para atingi-lo, no que se revelam os subprincípios da adequação do meio escolhido, da

⁶⁸⁰ SARLET, op. cit., 2004, p. 121-2.

⁶⁸¹ CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na constituição: arqueologia e aplicações. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. 2, MIRANDA, Jorge (Org.), Coimbra: Coimbra, 1997, p. 340-57.

⁶⁸² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 148 e 162.

⁶⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 380-92. Sobre as restrições não expressamente autorizadas, explica que, de algum modo, tais limites devem estar presentes na Constituição, serem utilizados quando forem o único meio de resolver conflitos ora insuperáveis e restringirem direitos apenas no que for necessário para tal. Para aprofundar MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In *Direito Constitucional. Estudos*, op. cit., 2001, p. 313-36 e MIRANDA, Jorge. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal, idem, p. 300-4; e CANOTILHO, Gomes. jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In *Perspectivas Constitucionais* [...], vol. 1, 1996, op. cit., p. 871-87.

necessidade do seu uso e da estrita proporção, procurando uma justa medida entre os métodos e os fins, bem como ponderando-os para que a restrição não aniquile o direito atingido.⁶⁸⁴

Assim, tais limitações de direitos têm por tarefa “coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdades” e demais valores que são essenciais ao regular funcionamento social e que requerem a devida tutela jurídica.⁶⁸⁵ Ou seja, ao mesmo tempo, são normas de *garantia* (pois garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção – *v.g.* direito de reunião) e de *restrição* de direitos (por impor limites ao âmbito de proteção – a reunião deve ser pacífica e sem armas).⁶⁸⁶

Entretanto, ditas limitações também estão sujeitas a uma moldura demarcatória, que as mantenha no quadro daquilo que seja *adequado* para tutelar o bem jurídico; *necessário*, pelo seu cabimento e por inexistir outro meio eficaz e mais ameno, e *proporcional* em *sentido estrito*, face à sua relação com o peso e o significado do direito fundamental. Assim, a intervenção em tais direitos só será constitucional se for apta para realizar um fim legítimo, dotado de peso não inferior ao direito restringido, que seja indispensável a tal finalidade e que não seja desproporcional naquelas condições.⁶⁸⁷

Traduzindo-se tal limite de restrições em termos criminais, daí decorre que a definição de bens jurídicos penais deve possuir algum tipo de relação com o quadro traçado na Constituição, ainda que de forma indireta e sem que haja conflito com ela. Igualmente, para que não viole a proporcionalidade por excesso, a restrição penal deve ser idônea, limitar-se ao necessário para a salvaguarda de direitos de caráter relevante e guardar a estrita proporção entre o bem tutelado e o interesse ou valor restringido.⁶⁸⁸

Para tanto, o legislador deve observar se está protegendo um bem jurídico e se este tem um relevo tão significativo para os indivíduos e para a sociedade que a sua preservação não pode simplesmente ser atingida por outros meios formais ou informais. Então, após submetê-lo ao filtro da subsidiariedade e fragmentariedade,

⁶⁸⁴ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 393-4.

⁶⁸⁵ HESSE, op. cit., 1998, p. 255.

⁶⁸⁶ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1277-8. Tais se manifestam nas duas dimensões (objetiva e subjetiva).

⁶⁸⁷ HESSE, op. cit., 1998, p. 256-7; e NOVAIS, op. cit., 2007, p. 370-1 e 377-8.

⁶⁸⁸ CUNHA, Maria da, op. cit., p. 197-8 e 206-13; mas ressaltando os limites imanentes e as colisões.

deverá verificar se a proteção penal é idônea, exigível e proporcional; se causa danos secundários e em qual dimensão; bem como se a proibição penal é coerente com o ordenamento em seu conjunto. Gerando uma tutela suscetível de ser implementada e que seja eficaz, sem que isso ocasione um custo ainda maior pelo sacrifício de direitos fundamentais.⁶⁸⁹

Em decorrência, se aprovada nesse teste, a norma penal cumprirá a sua tarefa de adimplir um dever de tutela, sem vulnerar a proibição da proteção deficiente. Porém, caso não passe pelo crivo de quaisquer das citadas etapas que lhe são impeditivas, acabará por cindir um outro valor fundamental consistente no direito de defesa, o qual é garantido pela vedação do excesso, uma das faces do princípio da proporcionalidade.

Logo, o cumprimento do dever de proteção também exige respeito aos próprios limites e propósitos constitucionais, direcionando-se a salvaguardar e promover outros direitos fundamentais de igual ou superior relevo, bem como tendo em conta que o princípio da proporcionalidade impõe diretrizes de duas vias, requerendo que haja uma relação de equilíbrio entre a conduta, a gravidade do delito e a pena imposta.⁶⁹⁰

Dessa forma, como de um lado o Direito Penal está pautado por uma série de princípios limitadores, e do outro o Estado não pode omitir-se nas situações em que a atuação do meio penal é obrigatória, o princípio da proporcionalidade incidirá aqui como uma restrição às próprias restrições, de modo que nenhuma limitação aos direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais e viole os preceitos da Constituição.⁶⁹¹

Configura, pois, um limite às condutas limitadoras dos direitos fundamentais, vindo a permitir a incidência apenas daquelas que sejam adequadas, necessárias e não importem um sacrifício excessivo e irrazoável, devendo atingir fins

⁶⁸⁹ STAECHLIN, Gregor, “¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del derecho penal?”. In *La insostenible situación del derecho penal*, ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.), Trad.: David Felip i Saborit, Granada: Comares, 2000, p. 302-4.

⁶⁹⁰ Na decisão STC 11/1981, F.J. 7, o Tribunal Constitucional da Espanha firmou que a limitação a direitos “ha de justificar-se por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”; apud LOPERA MESA, op. cit., p. 359.

⁶⁹¹ SILVA, Luís, op. cit., 2002, p. 24, abril 2002. V. ainda, NABAIS, José Casalta, “Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais”, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 61-129.

constitucionais, lícitos e justificados. Determina, ainda, que seja observada a devida proporção entre as finalidades perseguidas e os meios empregados, inclusive nas situações de colisão de direitos, quando se restringe o exercício de um para proteger ou promover o outro.⁶⁹²

Portanto, considerando-se que os direitos fundamentais são garantias jurídicas indisponíveis para o poder público e que não cedem pela mera vontade das maiorias,⁶⁹³ pode ocorrer que “a limitação dos direitos de uns” seja “o preço inevitável para um mínimo de liberdade em sociedade”. De onde, a criminalização de condutas ocorrerá na medida da indispensável atuação penal para o legítimo desfrute dos demais direitos e liberdades, os quais devem ser garantidos pelo Estado.⁶⁹⁴ Tudo conforme a Constituição e a sua ordem geral, valores em torno dos quais a sociedade e o Estado se organizam, mas que só conseguirão perdurar na medida em que a observarem e a efetivarem.⁶⁹⁵

2.5 COLISÃO DE DIREITOS E PONDERAÇÃO

Conforme visto, além de se abster de certos atos que violariam os direitos, o Estado ainda está obrigado a agir diante das ameaças aos bens jurídicos fundamentais, encontrando-se numa dupla posição na qual, ao deter o monopólio da força legítima, pode se apresentar como um agressor dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que deve assegurar a proteção de tais direitos diante dos ataques de terceiros.

Aqui, para a compreensão das duas faces do princípio da proporcionalidade, é preciso observar que os deveres de proteção e de defesa possuem estrutura

⁶⁹² BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La exarcelación tenía un precio: el tribunal enmienda la plana al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 20, nº 58, ene./abr. 2000, p. 340.

⁶⁹³ STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In *Diálogos Constitucionais Brasil / Portugal*, NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 319, explica que a “Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, constitui-se igualmente como um necessário mecanismo do poder das maiorias”. Ver também, STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e a concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, op. cit., p. 681-9.

⁶⁹⁴ CUNHA, Maria, op. cit., p. 434, explicando que tal não nega, mas salienta a “ratio” do direito penal. ⁶⁹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 33; e HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, SAFE: 1991, p. 19, o qual explica a força ativa advinda da Constituição, quando efetivadas suas tarefas.

diferente. Neste, resta proibida toda e qualquer conduta que afete negativamente o bem jurídico; enquanto que naquele, para proteger o objeto, basta realizar um ato que seja idôneo, embora, quando existe um só meio adequado, será ele o necessário para tal fim.

Assim, é possível estabelecer que para a proteção do bem jurídico o Estado terá de adotar pelo menos uma medida eficaz, e, no caso de existir apenas um meio efetivo, este terá de ser acolhido pelo Estado. O problema é que os mecanismos de tutela não são distinguíveis facilmente apenas em duas modalidades: de eficazes e ineficazes, pois também existem meios de proteção que são mais ou menos efetivos.⁶⁹⁶

Igualmente, na medida em que os deveres de proteção assumem natureza de princípio, passam a exigir uma tutela o mais ampla possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis. De onde também poderão representar restrição a outros direitos fundamentais e colidir com os princípios a eles correlatos, o que exigirá o sopesamento dos objetos envolvidos e a análise do âmbito discricionário legislativo.⁶⁹⁷

Nesse particular, aduz Pulido que, quando se apresentar uma colisão entre um direito fundamental de defesa e um de proteção, deve ser aplicado simultaneamente os princípios da proibição do excesso e da deficiência. Aqui, a não realização máxima do direito de proteção só é exigível na medida em que assim o exija o direito de defesa. Já a intervenção, neste direito, só é admissível na medida em que tal seja exigida para realizar o direito de tutela, observada, em ambos, a margem de atuação legislativa.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ ALEXY, op. cit., 2008, p. 461-4, explicando que a intervenção na liberdade jurídica, a mensurar a partir “de direitos de defesa, pode ser justificada não apenas por meio da referência à sua exigibilidade para a proteção de interesses coletivos, mas também [...] para a proteção de posições individuais de terceiros.” Já a não garantia de tutela é justificável não só “por meio de uma referência à sua exigibilidade para o respeito de posições individuais de terceiros, mas também [...] para a proteção de interesses coletivos”.

⁶⁹⁷ ALEXY, op. cit., 2008, p. 464. V. CRISTÓVAM, José Silva. Colisões entre princípios constitucionais. razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 207-66; e ALENCAR, Mário Soares de. Hermenêutica constitucional e justiça instantânea: sobre a insuficiência da ponderação no processo de concretização das normas definidoras dos direitos fundamentais. In: *Estudos jurídicos: interfaces entre constitucionalismo e direitos humanos*, ALENCAR, Mário Soares de; COSTA, Jardel de Carvalho (Org.), Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 217-247.

⁶⁹⁸ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 810-1.

Dessa forma, o cumprimento do dever de proteção justificará a restrição dos direitos de defesa desde que na devida proporção, ponderando-se as garantias de tutela do indivíduo contra a coletividade e desta contra o indivíduo, com o objetivo de assegurar as liberdades exigíveis e cabíveis. Já que aqui não se trava uma relação a dois, mas sim uma conexão tripolar entre o cidadão, o Estado e o terceiro.⁶⁹⁹

Consequentemente, deve-se avaliar simultaneamente as vantagens e os inconvenientes que a restrição ao direito fundamental provoca, junto com o peso dos bens envolvidos, de modo a ponderar os ganhos e as perdas que a alternativa construída representa ante a outras que poderiam ser empregadas naquela situação,⁷⁰⁰ sem perder de vista a eficácia que o meio representa no âmbito de proteção do outro direito fundamental.

No caso, as colisões podem ser de dois tipos. Num grupo estão as em sentido estrito, que se referem só aos conflitos entre direitos fundamentais, os quais podem ser diversos ou idênticos. Entre estes, destacamos os conflitos dos direitos de defesa com os de proteção; já entre os diversos, a liberdade de opinião frente ao direito à honra. No outro grupo estão as colisões em sentido amplo, envolvendo direitos fundamentais e outros valores constitucionais relevantes, citando-se os “conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional”,⁷⁰¹ a título de exemplo.

Nas colisões de direitos idênticos, de um lado nos deparamos com os de defesa, que ao determinarem abstenções do Estado, no sentido de não interferir no direito de liberdade do cidadão, limitando o poder público pela proibição de excesso. Já no outro, nos deparamos com os direitos de proteção, os quais exigem que o Estado tutele os bens jurídicos mais relevantes, inclusive com o uso dos instrumentos penais, quando diante das ofensas mais graves, no que se manifestará a proibição da infra-proteção.

Na espécie, todos os poderes estatais estão vinculados aos deveres de respeito e de proteção dos direitos fundamentais. Porém, com frequência o seu cumprimento gera uma limitação de certas liberdades, embora o propósito da proteção seja aumentar a liberdade em geral para atender todos os detentores de

⁶⁹⁹ ÁVILA, Tiago, op. cit., p. 55, 59-60; e NOVAIS, op. cit., 2003, p. 92.

⁷⁰⁰ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 701.

⁷⁰¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 268-73, 1999.

direitos fundamentais. De onde, a aparente restrição para um grupo pode ser uma libertação para um outro.⁷⁰²

Assim, nota-se que a tutela eficiente do direito fundamental também esbarra em limites quando estiver frente a uma colisão com outro direito desta categoria. Então, se de um lado pende a obrigação estatal de conferir proteção jurídica adequada a determinado objeto, por força da cláusula da proibição deficiente; por outro lado a proibição de excesso também fornece fronteiras para a tutela, em especial a penal.

Destarte, como uma das limitações substanciais surge exatamente dos direitos e liberdades fundamentais dos outros, quando uma determinada proteção de direitos “possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por ponderação de bens ou valores em presença e respeite o princípio da proporcionalidade” na sua dupla face. Tudo, conforme as circunstâncias da colisão, que determina uma “preferência específica, condicionada pelas circunstâncias do caso”.⁷⁰³

Aqui, como a Constituição tutela os diversos valores e bens colidentes, assim como não é obrigatória e nem possível a realização plena de cada um deles, também resta vedado o mero sacrifício puro e simples de um em favor do outro. O que torna necessário que os objetos divergentes sejam harmonizados da melhor forma possível, em face daquelas circunstâncias, do seu conteúdo e da sua função, num processo de ponderação concreta dos bens, atento aos preceitos constitucionais aplicáveis.

Em tal procedimento também incide o princípio da proporcionalidade, na medida em que se exige que o sacrifício de um dos valores seja adequado e necessário para a salvaguarda do outro, bem como se impõe que a escolha entre as maneiras de resolver o conflito, em sentido estrito, realize-se de modo a comprimir o menos possível o bem que cederá, atento ao peso e à função constitucional que cada um deles representa.⁷⁰⁴

Nesse quadro, “é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos” do Estado, “a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras

⁷⁰² GRIMM, op. cit., p. 160.

⁷⁰³ ANDRADE, op. cit., p. 149 e 327.

⁷⁰⁴ ANDRADE, op. cit., p. 324-6.

pessoas”, além do princípio da divisão dos poderes e os limites de liberdade de conformação do legislador. De modo que a figura do Estado protetor não retroceda ao viés totalitário,⁷⁰⁵ ao mesmo tempo em que também não poderá quedar-se inerte diante de ataques aos bens jurídicos fundamentais, sob pena de aqui violar proibição da insuficiência.

Desta forma, nas situações onde o dever de proteção implica intervenções na esfera alheia protegida jurídica e fundamentalmente, nas quais a tutela de um direito signifique uma carga do outro, “torna-se necessária uma compensação proporcional”.⁷⁰⁶ De regra, esta caberá ao legislador, o qual dispõe, em geral, de liberdade conformativa, para avaliar “diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de se estabelecer prioridades”.⁷⁰⁷

Para tanto, é fundamental o emprego da ponderação como técnica de solução dos conflitos normativos que não possam ser resolvidos por outros métodos de caráter jurídico e constitucional. De onde, os diversos “interesses em oposição e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto”. Orientando-se pela quantidade de elementos normativos em prol de uma dada decisão, o peso que eles assumem naquelas condições e o princípio da proporcionalidade.⁷⁰⁸

Assim, atentando a três fatores, primeiro será analisado o “âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito”, avaliando em que medida e peso cada um dos direitos está presente. Após, será verificada a natureza do caso nos seus aspectos relevantes, apreciando tipo, conteúdo, forma e demais circunstâncias. E por fim, a condição e o comportamento das partes. Todos ponderados num juízo global, mas em função de cada um deles, conforme as diferentes normas e a repercussão dos fatos sobre elas, para apurar os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa.⁷⁰⁹

⁷⁰⁵ ANDRADE, op. cit., p. 157.

⁷⁰⁶ HESSE, op. cit., p. 280.

⁷⁰⁷ SARLET, op. cit., “A Eficácia [...]”, 2008, p. 211, referindo aqui a lição de Manssen, Pieroth e Schlink.

⁷⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In *ANova Interpretação Constitucional*, op. cit., p. 117.

⁷⁰⁹ ANDRADE, op. cit., p. 327-8.

Além do caso em concreto, a ponderação pode ser realizada de modo abstrato, formulando modelos prévios de solução a serem empregues em situações simétricas e que podem ser modificadas conforme as circunstâncias específicas de um contexto; podendo ser desenvolvidos parâmetros gerais aplicáveis a qualquer ponderação e os específicos que são construídos diante de conflitos entre normas em particular. Mas, com especial destaque para os direitos fundamentais, a dignidade humana e o fato de que os valores relativos às pessoas (*v.g.* a vida) preferem os de índole material.⁷¹⁰

Contudo, apesar do relevo, a lei da ponderação não lança indicações prontas e vinculantes que, de forma predeterminada, forneçam um resultado acabado para as colisões em concreto. Ocorre que a Constituição não cria regras de prevalência entre os direitos fundamentais, para fins de solucionar casos de colisão. Mas, sim, confere, a alguns deles, regimes especiais de tutela, diante da sua natureza e para efeitos específicos, os quais operam como ponto de partida numa presunção “*prima facie*”, suscetível de ser alterada pelos bens e pelas condições específicas da situação.⁷¹¹

Ainda assim, segue a ponderação válida e de uma “necessidade ineliminável”.⁷¹² Afinal, é na Constituição que serão localizados os critérios que regem a realização normativa dos direitos fundamentais, bem como os subsídios para solucionar os casos de colisões, de modo a orientar os juízos de valoração e os procedimentos de ponderação concretizadores dos direitos fundamentais,⁷¹³ nela estabelecidos não como uma ordem escalonada, todavia como um conjunto de valores que interagem entre si.⁷¹⁴

Num exemplo prático, a decisão BVerfGE 7, 377, da Corte Constitucional alemã, bem demonstra o relevo do juízo ponderativo, ao firmar que, em se tratando de direitos fundamentais, as intervenções normativas devem realizar uma ponderação cuidadosa entre liberdades individuais e interesses coletivos, de modo que aquelas só podem ser restringidas naquilo em que forem indispensáveis para estas e não violarem o conteúdo essencial do direito fundamental. Para tanto, o

⁷¹⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 57-8, 107-9 e 118; e MENDES, op. cit., 2007, p. 80.

⁷¹¹ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 702-3, advertindo de que a ponderação não é solução mágica para tudo.

⁷¹² CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1274-5, destacando a importância fundamental deste critério.

⁷¹³ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 720-1, sobre o valor da ponderação em concreto.

⁷¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1997, p.490-9.

legislador deverá optar por meios adequados, que atinjam o direito contraposto da menor forma possível e apenas naquilo que seja necessário para a realização do objetivo lícito pretendido.⁷¹⁵

Então, ainda que seja possível partir de uma análise em abstrato, é só após um processo de sopesamento e de harmonização que se poderá estabelecer uma “relação de precedência condicionada entre os princípios”. Onde, naquelas condições, um será preferível ao outro; embora, sob outras circunstâncias, a solução pudesse ser diversa, por se tratar de uma ponderação sem “preferências e cedências generalizantes”.⁷¹⁶

Em vista disso, diante da ausência de uma hierarquia fixa dos direitos fundamentais, os conflitos de colisão de direitos podem ser resolvidos com base na ponderação e no exame da dupla face da proporcionalidade, onde a importância do direito em discussão, a probabilidade do ataque e a intensidade do dano assumem elevado relevo,⁷¹⁷ devendo ser harmonizados os valores conflitantes e preservado o possível de cada um.⁷¹⁸

2.6 O DEVER DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Já pudemos examinar a conexão do patrimônio cultural com o meio ambiente e o urbanismo e a sua configuração como parte do chamado “meio ambiente cultural”. Assim como examinamos a sua exata posição na constituição, possuindo feições e características análogas a um direito fundamental,⁷¹⁹ o que gera uma série de necessidades e cuidados no tocante a tal categoria.

As suas características e notas de fundamentalidade geram os efeitos naquilo que diz respeito à dimensão subjetiva do direito ao patrimônio cultural. A

⁷¹⁵ BVerfGE 7, 377, sobre liberdade profissional, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 593-616.

⁷¹⁶ ALEXY, op. cit., 2008, p. 96-9, referindo-se à “dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos”.

⁷¹⁷ GRIMM, op. cit., p. 161-2, mas lembrando que a dignidade humana é a fonte das demais garantias.

⁷¹⁸ HESSE, op. cit., p. 255, no tocante à chamada “produção da concordância prática”.

⁷¹⁹ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 845, assinalam que a “compreensão antropocêntrica de ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental”. WECHENFELDER, Paulo Natalício. O paradigma brasileiro do direito de propriedade. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 85, p. 221, jan.-jun. 2019, defende que o “meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser mais que um princípio de Direito Ambiental. Deve ser um dos *princípios fundamentais do Estado Democrático* de *Direito*”.

consequência é atrair uma série de ações positivas de parte dos poderes públicos e da ordem jurídica, por conta das correlatas obrigações estatais sobre os direitos em questão. Temos então que o Estado deve empregar meios proporcionais para atingir a devida eficácia dos direitos que orbitam em torno do patrimônio cultural. Também, não podem estar os seus institutos sujeitos a ações erosivas ou de retrocesso dos níveis protetivos.

A quitação de tais obrigações podem ser exigidas tanto pelo indivíduo, como por instituições legitimadas, como o Ministério Público, e são oponíveis tanto em face de terceiros, como contra o próprio Estado. Uma das decorrências também poderá ser a restrição de direitos particulares, em favor de um interesse maior da sociedade, o qual predominará nestas hipóteses.

Na espécie, temos uma responsabilidade do poder público como um todo de assegurar a tutela dos direitos atinentes ao patrimônio cultural, tanto num caráter *prima facie*, como em situações de risco e lesividade. Tais obrigações devem ser adimplidas pelos mais variados ramos do direito, tanto em termos civis e administrativos, como também sob o ponto de vista penal, diante da natureza jurídica em questão, do seu caráter constitucional e fundamental, bem como da eficácia que devem possuir os mecanismos em pauta.

Podemos observar que a consecução de direitos não requer apenas o afastamento do Estado enquanto abstenção, mas também roga ações concretas exatamente dirigidas para a realização e proteção de direitos. Assim, o desfrute de um meio ambiente saudável, do ordenamento urbano organizado e do patrimônio cultural preservado não se tratam apenas de questões de não intromissão estatal, mas são categorias que exigem uma atuação positiva do poder público em nível de tutela e prestação, para que tais institutos sejam realizáveis.

Neste ponto, passa a ser exigível que o Estado realize imperativos de tutela, como forma de quitar as suas obrigações e de realizar na exata medida os comandos constitucionais do art. 216. Seja conformando a suas instituições nesta direção ou editando normas que prevejam, regulem e resguardem tais direitos.

No caso em estudo, tivemos a oportunidade de examinar a legislação em torno tema, o seu percurso evolutivo e as formas de proteção. Mas salvo a lei de tombamento (Decreto-lei nº 25/1937), e alguma previsão vaga sobre inventário e

registro, o certo é que o ordenamento brasileiro não possui um compêndio legislativo próprio que verse exclusivamente sobre patrimônio cultural. Ao menos não da forma com que deveria e de modo concreto, conforme podemos observar em relação a Portugal, com a sua Lei nº 107/2001, a qual estabelece a política, o regime de proteção e a valorização deste patrimônio.

Ainda no âmbito normativo, os deveres de proteção devem ser realizados das mais diversas formas, de maneira proporcional e visando a atingir ao maior espectro de eficácia do bem jurídico sob enfoque. Diante do que, tem-se também a adequação e a necessidade do manejo dos instrumentos penais, o que na hipótese em questão é (ou deveria ser) desempenhada pelos artigos 62 a 65 da Lei 9.605/1998.

Contudo, será que tipos penais cujas consequências estão sempre vinculadas à justiça negocial, sem maior repercussão, são realmente proporcionais e razoáveis para realização do seu objetivo? Será que as previsões e sanções contidas em tais cânones são suficientes para a devida tutela que os bens culturais rogam para si? Será que com estes quatro crimes podemos dar por satisfeita e cumprida a ordem constitucional de proteção e de punição dos atentados contra o patrimônio cultural?

A grande questão é que se acaso não estivermos diante de um patamar básico e mínimo de tutela, estaremos frente a uma violação constitucional da proibição da proteção deficiente. E o interessante é que a concreta proteção do patrimônio cultural não diz respeito apenas a um direito, mas à própria liberdade do cidadão em transitar, contemplar, ter contato e usufruir da forma mais ampla possível de bens culturais que devem ser conservados no seu melhor estado.

Na espécie, o dever de proteção em pauta manifesta-se perante todos, sejam em face dos particulares, como também para os entes públicos. Entretanto, tal direito/dever pode ser violado de diversas formas, seja por via de atos antijurídicos, como uma demolição de um casario, ou do uso de instrumentos jurídicos existentes, como o destombamento de um prédio histórico. E ainda, temos que estas obrigações de cuidados devem ser dirigidas não apenas para repelir ações indevidas, como também em face de omissões prejudiciais, como a do proprietário que deixa de adotar os cuidados necessários em uma edificação inventariada pela riqueza arquitetônica.

Por sua vez, na medida em que o Estado está obrigado a este dever de proteção, o efeito colateral é se tornar inevitável a colisão de direitos e a restrição de algum direito de defesa e de liberdade de outros cidadãos. Porém, tal é um efeito próprio do fato de que nem as liberdades individuais, nem os poderes do soberano estatal são absolutos e imunes a certas restrições autorizadas.

Com efeito, tais intervenções são inerentes à própria realização do direito de caris fundamental consistente na manutenção de um meio ambiente sadio e de um patrimônio cultural conservado. O aparente choque entre direitos é autorizado pela cláusula do art. 216, §1º, da CF-BR, que determina ao Poder Público e à sociedade como um todo o dever de promover e proteger este nosso patrimônio.

Igualmente a possibilidade de restrições do direito de propriedade está prevista e permitida pelos artigos 182, §2º, e 186, II, da Constituição Federal, consistente na qualificação do ordenamento urbano e na preservação do meio ambiente. Em termos de patrimônio cultural, uma das decorrências deste interventio figura no próprio art. 17 do Decreto-lei nº 25/1937, o qual apresenta limites por expresse, ao comandar que as “coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas” e modificadas sem a prévia autorização do órgão competente pelo tombamento, como o IPHAN ou IPHAE.

Portanto, temos que a propriedade não mais é um direito individual e absoluto, no entanto, comporta exceções e cede perante outros direitos de igual quilate, na medida em que a sua função social⁷²⁰ é um imperativo da nossa ordem constitucional. O que lhe impõe obrigações positivas, consistentes juntamente no adimplemento desta função, como adequar-se ao ordenamento urbano e preservar o meio ambiente. Mas também deveres negativos e mistos, como não intervir no patrimônio cultural sem autorização e empregar os devidos esforços para a sua conservação.

⁷²⁰ Na Constituição da República Portuguesa a propriedade está prevista no *título dos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais*. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 250, explica que a função social da propriedade determina tanto o dever de exercê-la em benefício de outrem, como de não exercê-la em prejuízo alheio. BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 2ª ed., CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.), São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66-70, defende que o direito de propriedade deve ser consentâneo à proteção do meio ambiente, à sustentabilidade e ao dever transindividual e transgeracional de não degradar.

Assim, temos uma restrição constitucionalmente autorizada e proporcional, voltada à tutela de outros valores de grande relevância e de calibre não inferior aos afetados. E que também cumpre a própria principiologia contida no art. 18º, 2º da Constituição Portuguesa, quando autoriza a restrição de direitos e liberdades nos casos expressos na Carta Magna e desde que a intervenção seja realizada dentro dos limites necessários à salvaguarda de importantes outros interesses constitucionais, como no presente caso.

Com efeito, o que da mesma forma se revela em termos penais, já que se trata de um bem jurídico reconhecido, com um mandado constitucional de tutela e que facilmente passa pelos filtros limitadores da intervenção penal, possuindo adequação e necessidade indiscutíveis, além do fato de ser inquestionável a ofensividade que os riscos e os ataques aos bens culturais representam.

De tal forma que o Estado não poderia ser omissivo, na medida em que a restrição ao direito de propriedade e às próprias liberdades em termos de lei criminal são exatamente o custo operável, proporcional e razoável para a garantia e realização de outros direitos, de modo que as presentes e futuras gerações possam desfrutar de um patrimônio cultural preservado.

Assim, a título de arremate firmamos que os direitos de defesa são uma conquista multissecular oriunda das construções da era iluminista e que tocam diretamente às liberdades. Porém, de forma mais recente também foram reconhecidos os deveres de proteção, por meio dos quais o Estado não pode renunciar a determinadas formas de tutela na proteção dos direitos fundamentais dos seus associados.

Para a utilização de mecanismos penais na proteção de bens jurídicos, é preciso verificar em que medida não violam os direitos de defesa, assim como a forma com que atendem os deveres de proteção. Entendemos que embora a tutela do patrimônio cultural toque aos direitos de defesa, como na limitação da propriedade e das próprias liberdades diante das cominações criminais, a sua tutela é legítima e exigível, devendo também satisfazer os deveres de proteção de bem jurídico tão relevante, cujo interesse é público e coletivo, transitando entre os direitos sociais e fundamentais.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A ideia de “proporcionalidade” não se constitui em algo recente nos sistemas. Aristóteles já mencionava a necessidade de proporção, ao defender uma justiça equitativa.⁷²¹ A Carta Magna de 1215 determinava o dever de proporcionalidade entre pena e delito.⁷²² Igualmente, na França, a Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão de 1789 estabelecia que a lei só podia proibir as ações nocivas e com as penas necessárias.⁷²³ Diretivas essas que constam do “Bill of Rights” da Constituição dos Estados Unidos.⁷²⁴

Em termos penais, Beccaria já defendia que “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade” que conferem. Então, para que a sanção produza efeito, “basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito”, calculando-se “a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir”. Assim, deve haver “proporção entre os delitos e as penas”.⁷²⁵

Por sua vez, foi na antiga Prússia que, em 1791, propôs, como princípio basilar do direito público, que a limitação das liberdades pelo Estado só se realizasse na medida necessária à liberdade e à segurança dos demais. Em 1802, Von Berg utilizou o termo “proporcional” para mensurar tal tipo de limitação, em virtude do poder de polícia. Mas, com apoio em Mayer, foi Wolzendorff quem

⁷²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1996, p. 212-3.

⁷²² GUERRA FILHO, Willis. *Princípio da proporcionalidade e o devido processo legal*. In *Interpretação*

Constitucional, SILVA, Virgílio Afonso da (Org.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-6, anota que a Carta inglesa de 1215 estabelecia que: “O Homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”.

⁷²³ LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p. 8, transcreve: “Art. V – A lei só tem o direito de proibir as ações nocivas à sociedade. [...] Art. VIII – A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias [...]”.

⁷²⁴ ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 772, p. 467-8, fev. 2000, explica que, após aprovado em 1787, a Constituição Norte Americana recebeu emendas ratificadas em 1791, formando o *Bill of Rights*, onde consta que não serão impostas multas e penas excessivas e excepcionais. Sendo que, em decisão de 1892, a Suprema Corte pronunciou-se no sentido de que tal cláusula proibia as punições que pela duração ou severidade fossem “desproporcionais em relação às ofensas imputadas”.

⁷²⁵ BECCARIA, Césaire. *Dos delitos e das penas*, 2ª ed. Trad. José Cretella Jr. et al., São Paulo: RT, 1999, p. 28, 37 e 88, explica ainda, que “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade”. Para tanto, dever-se-ia selecionar as sanções e suas formas de aplicação, de modo que fossem proporcional, causando o efeito mais eficaz aos homens e menos tormentoso ao réu (no que seguia Montesquieu).

denominou de “princípio da proporcionalidade” o tipo de “proposição de validade geral”, o qual proíbe que a força policial vá além do “necessário e exigível para a consecução de sua finalidade”.⁷²⁶

Por sua importância, tal princípio está insculpido no art. 112.1 da Constituição europeia, prevendo que, qualquer limitação de direitos e liberdades nela reconhecidos, não pode violar o conteúdo essencial desses e deverá respeitar a proporcionalidade. Só podendo ocorrer por lei, quando se revelar idônea e necessária para a proteção dos direitos, das liberdades e dos objetivos gerais reconhecidos pela União Europeia.⁷²⁷

Outrossim, embora possível identificar pontos de contato, a *proporcionalidade* não se traduz num sinônimo de *razoabilidade*.⁷²⁸ Da mesma forma, aquela será tratada aqui como um *princípio*, e não como uma *regra*. Nesse sentido, Alexy explica que a distinção entre regras e princípios constituem-se em elemento basilar para a teoria dos direitos fundamentais. Podendo, a partir disso, ser verificados, de forma mais apta, os problemas tocantes às restrições, colisões e funções de tais direitos na ordem jurídica.⁷²⁹

Conforme Alexy, princípios são “mandados de otimização” que se constituem em normas, as quais determinam que algo seja realizado na maior medida possível, caracterizando-se por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida para a sua satisfação devida depende tanto das possibilidades fáticas,

⁷²⁶ GUERRA FILHO, op. cit., 2005, p. 256-7; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos das obrigações e direitos fundamentais. Sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 537, jan.-jun. 2003.

⁷²⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la constitución europea. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo I, Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 324. Ver também, HÄBERLE, Peter. Aspectos de uma teoria constitucional para a Europa, idem, p. 335 e ss.

⁷²⁸ Sobre a razoabilidade, ver SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In *Jurisdição, Constituição e Direitos Fundamentais*, SAMPAIO, José (Org.), Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-96; BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, nº 23, p. 65-78, abr.-jun. 1998; TÁCITO, Caio, A razoabilidade das leis, *Revista Forense*, ano 92, v. 335, p. 3-7, jul.-set. 1996; TORON, Zacharias, Razoabilidade punitiva e a garantia do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 702, p. 441-3, abr. 1994; ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 783, p. 11-5, jan. 2001; e CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 206-9.

⁷²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81.

como das jurídicas, sendo estas determinadas pelos princípios e pelas regras colidentes.⁷³⁰

Para Zagrebelski, os princípios são normas de relevante conteúdo, os quais possuem valor próprio, orientam posições, dirimem conflitos e são dotados de uma força diretiva que é ainda mais vinculante quando eles estão abrigados na Constituição. Expressam, pois, importantes conceitos, como liberdade, igualdade, dignidade, justiça, etc., sendo inclusos vocacionados para desempenhar o mesmo papel que os axiomas.⁷³¹

Assim, observa-se que pelo seu relevo os princípios estão incorporados ao sistema, usufruindo de força normativa. Também, a sua conexão constitucional confere-lhe funções fundamentadora, informadora e crítica; inclusive em termos de invalidar os preceitos que conflitem com a Constituição, seja ao figurarem de forma expressa nela ou derivarem implicitamente do seu conteúdo, como ocorre com os princípios penais.⁷³²

Entretanto, os princípios não estão submetidos a uma hierarquia rígida, o que implicaria a anulação do menor em favor do mais elevado nos casos de colisão, quando o que deve ocorrer é a prudente ponderação entre os valores envolvidos, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Para a solução de tais conflitos, é que incidirá a proporcionalidade. Aqui, segundo Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e vice-versa. Ou seja, os vetores da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* decorrem logicamente da natureza dos princípios.⁷³³

Por conta disso, a proporcionalidade “busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”. De onde, advém a sua capital importância na ordem dos direitos fundamentais, como fórmula limitadora de medidas que restrinjam tais direitos, realizada por via de uma justa ponderação entre os interesses em

⁷³⁰ ALEXY, op. cit., p. 86.

⁷³¹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*, 8ª ed. Trad. Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2008, p. 117-8 e 124, anotando que os princípios não são um *plus* acessório às regras.

⁷³² SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dikson, 2004, p. 84-9, citando o caso da proporcionalidade, reconhecida pelo TCE como inerente ao valor justiça.

⁷³³ ALEXY, op. cit., 111-2; e ZAGREBELSKI, op. cit., p. 124-5.

pauta, na qual esse princípio orientará as ações devidas, atento a certas particularidades.⁷³⁴

Desse modo, como a limitação de um direito justifica-se pela necessidade de preservar outros, ainda que de forma indireta, o exame da proporcionalidade demanda pesquisar a correspondência entre meios e fins da intervenção. Então, será analisado se a finalidade da intervenção na área de proteção é constitucionalmente permitida, bem como se os meios utilizados para tantos são idôneos, necessários e proporcionais.⁷³⁵

Porém, como o Estado é responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, tanto nas obrigações negativas, como nas dimensões prestacionais, seja por ações ou por omissões, a proporcionalidade deve ser examinada na sua dupla face. Assim, a violação desse princípio pode decorrer tanto de atos estatais demasiados que restrinjam as liberdades, como de deficiências por parte do poder público – ao não disponibilizar meios eficientes para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁷³⁶

Para tanto, o princípio da proporcionalidade irá operar como um dos principais critérios de controle da atividade estatal em relação aos direitos fundamentais, mormente ao conduzir o legislador ao exercício das suas atribuições de ordem constitucional, para configurar, consolidar ou restringir o conteúdo de tais direitos.⁷³⁷

Aqui, será avaliado em que medida o Estado pode e deve intervir na liberdade do indivíduo, para fazê-la compatível com o exercício da liberdade alheia e a consecução dos objetivos sociais do bem comum. Nessa etapa, ingressará a ação do legislador, para moldar e restringir os direitos fundamentais, só que de forma limitada, na medida em que o sacrifício dos direitos não pode ir mais além do

⁷³⁴ SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo II, SARLET, Ingo (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62. Ver também, FERNANDÉZ SEGADO, Francisco. La dignidade de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español e como fuente de todos los derechos, *idem*, p. 99-128.

⁷³⁵ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., 2006, p. 90-2.

⁷³⁶ FREITAS, Juarez. O estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, op. cit., v. 1, tomo I, 2005, p. 180-2. Ver ainda MICHELMANN, Frank I. A constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal, *idem*, p.131-55.

⁷³⁷ LOPERA MESA. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 45-8.

necessário para os objetivos maiores perseguidos por tal intervenção, pautada pelos limites da proporcionalidade.⁷³⁸

Portanto, a aferição da constitucionalidade da lei, em face do citado princípio, “contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”. Pois, quando se trata de impor “restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada”, mas também sobre a compatibilidade desta, perante o princípio da proporcionalidade.⁷³⁹

Assim, em face do caráter principiológico das normas dos direitos fundamentais, resulta que tanto tais direitos são passíveis de restrição, como que as restrições podem sofrer limitações.⁷⁴⁰ Contudo, qualquer tipo de intervenção nos direitos fundamentais deve estar em conformidade com a Constituição, valer-se de meios e de fins legítimos, bem como observar que tais medidas sejam idôneas, necessárias e proporcionais.⁷⁴¹

Ocorre que, como a legitimação do Estado advém da garantia das liberdades em geral, resulta que certas normas restritivas deste valor encontram justificativa na sua funcionalidade, por propiciarem mais liberdade em relação àquela que sacrificam. Nesta equação, incidirá a proporcionalidade como um princípio democrático de direito que compara as perdas e os ganhos gerados por tais instrumentos, tendo em conta os objetivos do sistema de otimizar os direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade.⁷⁴²

Com efeito, os direitos fundamentais configuram uma espécie de reserva legal, da qual resultaram limites à atuação do legislador. Dentro dos quais ele poderá buscar concretizar certos fins que justifiquem uma restrição de tais direitos, além de analisar os meios que utilizará para tanto e sempre de forma apropriada.

⁷³⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 52-32.

⁷³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330-1.

⁷⁴⁰ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 156-9.

⁷⁴¹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle da constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, ano 33, nº 101, p. 203-22; março 2006; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 719, p. 57-61, set. 1995.

⁷⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ. La proporcionalidad de la norma penal. *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, nº 0, maio/ago. 2000, p. 223.

Porém, esses limites oscilam em duas direções, tendo em vista que demarcam não apenas situações nas quais o legislador poderá agir, mas também aquelas nas quais ele não poderá deixar de agir. Ou seja, lá ele está margeado pela proibição do excesso e aqui pela proteção deficiente, diante da manifestação da dupla face do princípio da proporcionalidade.⁷⁴³

Em função desse caráter duplo, resulta um tipo de ônus que impõe parâmetros mínimos e máximos à esfera de liberdade do legislador, por via do qual ele encontra-se obrigado a se valer de medidas apropriadas e proibido de usarmos desproporcionais. Igualmente, tal ônus tem efeito sobre todo o aparelho estatal, como uma condição de legalidade, de onde seus atos devem enquadrar-se na moldura da proporcionalidade.⁷⁴⁴

Dentro dessa missão, o legislador dispõe de considerável poder para configurar os bens penalmente protegidos, as condutas proibidas e cominar as devidas sanções. Ainda assim, está sujeito ao controle de constitucionalidade da norma, para verificar se o bem e os fins de tutela são relevantes para o intervento, se a medida prevista é apta para atingir seu objetivo, se era necessária e não existia outra de equivalente eficácia e menor rigor, e se a pena é proporcional face aos benefícios e às restrições que gera.⁷⁴⁵

Para tanto, desde a elaboração das normas até a sua aplicação, os poderes estatais devem pautar-se pela Constituição, a sua ordem de princípios e a máxima da proporcionalidade. Ainda, devem observar que este postulado possui dimensão

⁷⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 41-79. SCHOLLER, Henrich. Princípio da proporcionalidade nos direitos constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 11, nº 38, 2000, p. 232-3; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 21, abril 2002. Ver também, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In *Interpretação Constitucional*, op. cit., p. 115-43, sobre efetividade e sopesamento.

⁷⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 398.

⁷⁴⁵ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007, p. 56-7. Para aprofundar o tema, vide, LEITE, George Salomão; LEITE, Salomão Glauco. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Método, LEITE, George Salomão (Org.), 2008, p. 17-36; TAVARES, André Ramos, Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional, idem, p. 37-60; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e o papel dos princípios, idem, p. 61-88; HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Alexy, idem, p. 89-127; MARTINS, Leonardo. Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos, idem, p. 327-350; e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais 2ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 49-108.

dupla, operando não só como uma defesa frente aos atos abusivos dos entes públicos, mas também como uma imposição para que o Estado honre os seus deveres de tutela.

3.1 SUBPRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

De acordo com o subprincípio da adequação, um método é considerado como adequado quando, por meio do seu uso, é possível atingir o resultado que se pretenda. No caso, é examinado se, apesar das limitações a um direito fundamental, tal forma figura como útil, idônea e apropriada para desencadear o fim almejado, na medida em que a afetação desvantajosa de direito fundamental somente é aceitável se e quando justificada pela produção de um resultado socialmente desejado e positivo.⁷⁴⁶

Assim, a exigência de conformidade pressupõe investigar e demonstrar que o ato do “poder público é *apto* para e *conforme* os fins” que justificam a sua adoção, vindo a “controlar a *relação de adequação medida-fim*”.⁷⁴⁷ Aqui, dois são os pressupostos da intervenção: a incidência do fim constitucionalmente legítimo e a adequação do meio para obtê-lo. De modo que o instrumento eleito deve possuir a idoneidade capaz para atingir a finalidade lícita pretendida, consistente em realizar o interesse público maior. De onde, se com tal intervenção adveio o êxito desejado, figura que o meio é idôneo.

No campo penal, é preciso que a medida seja dirigida à tutela de determinado bem jurídico, cuja incriminação seja capaz de protegê-lo efetivamente na forma em que se propõe e atendendo a determinados requisitos. No caso, primeiramente, cumpre observar que o direito penal não está voltado à proteção de valores éticos, morais ou ideológicos. Mas, sim, é um instrumento de controle social, destinado a

⁷⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152-3; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-50; STEINMETZ, Wilson Antônio. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privado relativos a direitos fundamentais. In *Interpretação Constitucional*, op. cit., p. 40; FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208; e GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípios constitucionais da perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In *in Temas da Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, PAMPLONA FILHO, Rodolfo e CUNHA JÚNIOR, Dirley (Org.), Salvador: Podium, 2007, p. 268-9.

⁷⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-70.

tutelar objetos de considerável relevo e reconhecidos pela coletividade, por meio de normas que sejam idôneas a conformar a conduta dos indivíduos e a evitar a ofensa a tais bens, de modo a legitimar esta intervenção e os efeitos restritivos gerados por ela e pela sanção.⁷⁴⁸

A idoneidade representa uma relação de adequação entre o meio e a finalidade da medida penal a ser empregada, quanto à restrição e à tutela do bem jurídico eleito. Beccaria já apontava o valor da idoneidade, ao arguir que a pena deveria ser útil ao fim pretendido, impedindo que o réu cause novos danos e removendo outros disto, o que poderia ser atingido se as leis fossem claras e inexoráveis, a pena infalível, célere e não cruel, bem como fossem estas o mais adequadas possível ao tipo de delito cometido.⁷⁴⁹

Conforme Aguado Correa, nos idos atuais a primeira referência a idoneidade da pena fora lançada por Liszt e aprofundada por Mayer, quando condiciona à intervenção penal a exigência de que o bem jurídico seja merecedor, necessitado e capaz de proteção. Então, a contar da capacidade (mas não só dela), parte-se rumo à adequação do meio penal que incidirá quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito.⁷⁵⁰

Os mecanismos penais devem ser conduzidos exclusivamente à tutela de um bem jurídico, o qual deve ter legitimidade constitucional, relevância social e capacidade de ser protegido. Além de estar de acordo com os objetivos próprios do sistema penal, pois, caso não guarde relação de pertinência e de aptidão para lograrseus fins, resta desprovido da roupagem necessária à sua justificação, sendo, então, inadequado.

Afinal, na medida em que o objetivo maior do direito penal é a proteção de bens jurídicos seletos, as normas e as sanções, em face dos delitos que afetam tais objetos, devem ser adequadas para atingir aquele resultado. De modo que tanto a

⁷⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: RT, 2003, p. 127, inclusive invocando as lições de Carlo Enrico Paliero; FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 162; PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 153, salientando a análise constitucional.

⁷⁴⁹ BECCARIA, op. cit., p. 51-2, 71-2, 87-8, 128-9 e 137, entende que as penas cruéis não seriam idôneas.

⁷⁵⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 151-4. Na mesma linha MATA BARRANCO, op. cit., p. 148-50;

incriminação de uma conduta, como a consequência jurídica que se impõe por sua ocorrência, sejam idôneas para justificar a restrição daí advinda, logrando os efeitos frente aos quais se fundamentam e minimizando o patamar de violência, seja ela individual ou estatal.

Assim, a lei penal está direcionada às condutas que coloquem em perigo ou lesionem o bem jurídico, não se justificando a intervenção criminal caso tal método mostrar-se inoperante, ineficiente, inadequado ou contraproducente para a proteção que almeja, bem como quando careça da mínima “instrumentabilidade preventiva ou a estabeleça de forma tão rudimentar” que não supere a barreira da adequação.⁷⁵¹

Outrossim, não se poderá cominar qualquer tipo de sanção, mas, sim, uma que seja qualitativamente adequada, já que se pretende lograr o máximo de liberdade com o mínimo de restrição possível. De modo que não é o agravamento dos meios e das penas que irá conferir mais idoneidade à proteção ambicionada, a qual também poderá ser atingida por outros métodos pertinentes, mas menos rigorosos que o direito penal.⁷⁵²

Com efeito, aqui deve ser observado em que medida a incriminação específica será apta para tutelar o bem jurídico, considerando-se ainda que tal meio não é o único, já que o sistema dispõe de outras formas de proteção. Igualmente, tais considerações deverão ser inseridas num contexto mais amplo, ponderando os diversos interesses envolvidos – com a funcionalidade e a justiça da intervenção punitiva –, e refletindo ainda sobre as demais técnicas e funções de outros setores do sistema, além do penal. Então, se, além de não se apresentarem como as mais idôneas, as vias criminalizadoras ainda comprometerem outros valores de similar quilate constitucional, tal modelo deve ceder em favor de um outro que propiciem maior proteção, com menores restrições.

Portanto, não apenas outros métodos protetivos podem figurar como idôneos para a defesa do bem em questão, como pode ocorrer que a eficácia preventiva do meio penal seja dúbia a tal ponto que esteja legitimada a sua renúncia, pela verificação empírica de que comporta custos superiores aos benefícios que ela

⁷⁵¹ CORREIA, Belize Câmara. O controle da constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 93-5.

⁷⁵² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, p. 207; e HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, Trad.: Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 55 e 61.

poderia gerar. Dessa forma, nas situações em que a incriminação não logra propiciara tutela que pretendia, tal se torna inefetiva, na medida em que a sua eficácia está ligada à própria efetividade e o uso do direito penal à sua capacidade de tutelar o bem jurídico eleito.⁷⁵³

Neste lastro, no sistema de controle das normas penais, cabe primeiramente identificar qual o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em pauta, dentro dos seus fins imediatos e mediatos de proteção, para, então, verificar se o legislador agiu de acordo. Aqui, para aferir o juízo de *adequação*, deve-se perquirir “se a tutela jurídico-penal não é constitucionalmente ilegítima, o que demanda uma investigação de dupla perspectiva”: os bens ou os interesses a preservar não podem ser constitucionalmente proscritos e nem socialmente irrelevantes, se pretendem receber a atenção do Direito Penal.⁷⁵⁴

Então, se por tais pressupostos for diagnosticada a ilegitimidade do meio penal, “desde logo a norma incriminadora será inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade”. Mas, quando a tutela penal é requerida constitucionalmente, tal análise já fora previamente realizada e firmada na Constituição, sendo inquestionável.⁷⁵⁵

Identificada a matriz constitucional de referência para a tutela do bem jurídico, deve ser verificada a aptidão e a efetividade do direito penal para esta tarefa, não propriamente a partir da comparação com outras medidas restritivas e seus efeitos, mas pela sua capacidade qualitativa para atingir o fim almejado e os benefícios que gera. Porém, ao mesmo tempo, não basta apenas demonstrar a inidoneidade de outros meios de controle social para que o direito penal seja invocado, é ainda necessário indicar que este método é eficaz para atingir o escopo que se pretende. Embora seu emprego só seja descartado se restar inequívoca a sua inaptidão para os fins a que se propõe.

A adequação da medida pode ser apurada quando com a sua incidência, ao menos, “seja sensivelmente favorecido o resultado almejado”, por via de um

⁷⁵³ GOMES, op. cit., p. 128-30. Esclarece que, a partir disso, podem excluir-se as condutas que, desde logo, “já demonstram inaptidão para a proteção pretendida, assim como em relação a determinadas estruturas normativas” que, pela forma, “tornam-se escassamente aplicadas, e igualmente ineficazes ou inidôneas”. V. ainda SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27-9.

⁷⁵⁴ FELDENS, op. cit., p. 163.

⁷⁵⁵ FELDENS, op. cit., p. 163. Tais questões serão aprofundadas adiante, no terceiro capítulo.

prognóstico justificado e razoável, que ocorre num juízo *ex ante* e conforme determinado contexto. Aqui, não é preciso que em cada caso atinja-se de todo o objetivo exato, bastando uma probabilidade considerável de eficácia, que é sindicada pelo Poder Legislativo dentro da sua discricionariedade e sujeita aos devidos controles legais, inclusive pelo Judiciário.⁷⁵⁶

Nesta hipótese, porém, caberá ao Tribunal Constitucional, num juízo *ex post*, examinar se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado” ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado”.⁷⁵⁷

Destarte, é preciso que, entre a medida e a sua finalidade, incida uma relação de “causalidade positiva”, ou seja, que a intervenção do legislador contribua à criação de um “estado de coisas” no qual a realização do fim seja incrementada em relação ao quadro existente antes dela. Contudo, o meio será inidôneo se a sua relação com o fim apresentar uma “causalidade negativa”, que ocorre quando a medida dificulta ou afasta a satisfação do fim, ou quando seu implemento resulta indiferente, sem gerar eficácia.⁷⁵⁸

Aqui, se desde já for constatado que o fim ou o método são constitucionalmente ilegítimos, ou que o meio não se mostra hábil à promoção do resultado almejado, será lícito concluir que a restrição é inadequada e ofende o princípio da proporcionalidade. Sendo desnecessário adentrar-se na análise dos demais requisitos, na medida em que, para se limitar um direito fundamental, exige-se, no mínimo, que “o meio empregado ao menos mostre-se apto à realização de uma finalidade constitucionalmente desejável”.⁷⁵⁹

Com efeito, a relação de idoneidade entre um meio e o seu fim não é uma mera questão do tipo “tudo ou nada”, mas é um fator que oscila entre dois extremos, desde o absolutamente idôneo até o manifestamente inidôneo.⁷⁶⁰ Em cujo intervalo incide uma ampla escala de respostas intermediárias, onde o nexo causal pode ter maior ou menor intensidade e sua ocorrência pode variar diante dos objetivos

⁷⁵⁶ GOMES, op. cit., p. 131-3, invocando Galetta e Pedraz Penalva. Ver BARROS, op. cit., p. 75.

⁷⁵⁷ MENDES, et. al., op. cit., p. 332, citando decisão do Tribunal Constitucional Alemão, BVerGE, 92,277 (326 e ss.).

⁷⁵⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 387-8, anotando a natureza gradual e empírica da relação de causalidade. Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., p. 227-9.

⁷⁵⁹ FREITAS, Luiz, op. cit., p. 209.

⁷⁶⁰ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 718-29; e ALEXANDER, op. cit., p. 94-5.

específicos e perspectivas sob o qual é contemplado (temporal, plena, quantitativa, qualitativa e de probabilidade).⁷⁶¹

A partir da incidência de tais perspectivas, formular-se-á a distinção entre as duas versões do subprincípio da adequação. A *mais forte* considera que só é idôneo o meio que, em relação aos demais, contribui com maior rapidez, plenitude, intensidade e probabilidade para atingir o seu fim. Já na versão *mais fraca* é idôneo o meio que tenha alguma relação positiva com o fim legislado, contribuindo de alguma forma para sua satisfação, independente da rapidez, plenitude, intensidade e probabilidade para tal.⁷⁶²

Na versão débil, é excluído do exame da *idoneidade* o estudo de outras medidas que poderiam ser mais eficazes, o que só seria operado na análise da *necessidade*. De modo que aqui as características essenciais seriam a constitucionalidade, o caráter empírico do princípio, a flexibilidade e a aplicabilidade sob o viés objetivo ou subjetivo. O teor empírico importa que, além da perspectiva abstrata, no caso concreto o meio seja passível de aplicação e apto para atingir o seu fim. Já a flexibilidade significa que não é necessário que tal aptidão seja completa, bastando que facilite a satisfação da finalidade, o que não ocorrerá caso dificulte ou não surta nenhum efeito junto a esta.⁷⁶³

Caso considere-se a hipótese de que o princípio justificante opera em virtude de um mandato de otimização e, assim, requer uma satisfação o mais elevada possível do fim legislativo, deverá então ser adotada a versão forte do juízo de idoneidade. Porém, é preciso verificar outros dois argumentos, os quais favorecem a versão mais fraca. O primeiro é que, diante da autonomia política e constitucional do legislador, é-lhe outorgada uma margem de ação estrutural que permite indicar fins

⁷⁶¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 388, explica que, sob tais perspectivas, a idoneidade dependerá: na *temporal* de maior ou menor velocidade para a realização do fim; na *plenitude* da aptidão do meio para incidir sobre o maior número de aspectos para realizar o fim; na *quantitativa* da maior incidência positiva do meio para satisfazer algum dos aspectos que envolvam a realização do fim; na *qualitativa* da maior qualidade de um meio para realizar um fim; e no juízo de *probabilidade*, um meio será mais idôneo quanto mais seguro seja sua contribuição para atingir o fim.

⁷⁶² BERNAL PULIDO, op. cit., p. 724-7; e LOPERA MESA, op. cit., p. 389. Já CLÉRICO, Laura, 2001, p. 340, *apud* PACHECO, op. cit., p. 196, propõe que a adequação abrange: a “determinação dos meios possíveis e a verificação de uma relação positiva entre meios e o objetivo com relação à promoção da consecução do objetivo; a escolha de um meio que serve para a promoção da consecução do objetivo; e o controle posterior da aptidão deste meio em relação ao dito objetivo.

⁷⁶³ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 154 e 160-1. As demais características já despontam no todo.

próprios, decidir em que medida devam ser satisfeitos e eleger os meios para tanto. Já o segundo, ainda maior, é que a racionalidade no controle da constitucionalidade das leis impõe o dever de levar em conta todos os argumentos relevantes para a decisão oportuna.⁷⁶⁴

Dessa forma, devem ser considerados idôneos todos os meios que forneçam alguma contribuição positiva para atingir o fim legislativo, independente de conferirem uma satisfação provável, parcial, mínima e mais ou menos rápida do objeto proposto. Tal aptidão pode ser verificada em termos teóricos ou práticos, bastando que o meio tenha a virtualidade para facilitar a obtenção do fim. De onde, só serão inadequadas as medidas cujo implemento resultem indiferentes ou negativas para o objetivo legal.

Ocorre que a adoção do viés mais forte levaria ao distanciamento dos objetivos de aperfeiçoamento legal, pois seriam declaradas inconstitucionais *ab initio* todas aquelas medidas legislativas que não satisfizessem na plenitude o fim proposto. E isto sem que fossem consideradas outras razões em favor da sua constitucionalidade e que só poderiam ser examinadas após, quando aferida a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o descarte prematuro poderia inclusive levar a ser declarada inconstitucional uma medida que, apesar de não figurar como a mais adequada, poderia posteriormente ser mais benigna do que outras restrições. As quais, embora surgissem como mais idôneas, seriam ainda mais gravosas para o direito fundamental afetado.⁷⁶⁵

Outrossim, ainda cumpre verificar o caráter empírico da relação de causalidade positiva que deve existir entre a norma e a sua finalidade, objeto do juízo de idoneidade. Aqui, não se apura apenas a racionalidade da decisão legislativa, mas a sua afetação sobre o direito fundamental, que deve estar justificada, e onde o primeiro passo é supor que a medida orienta-se efetivamente para atingir um fim prévio, tido como legítimo. Também, é preciso ainda ter em

⁷⁶⁴ LOPERA MESA, op. cit., p. 389-90. Aduz, que a versão forte cercearia as margens de ação, ao impor ao legislador a realização mais alta e possível do fim e a eleição do meio mais idôneo para atingi-lo. Mas, por outro lado, tal daria muita força ao legislador e enfraqueceria a função do Tribunal Constitucional, diante da sua competência fiscalizadora dos atos, com vistas a assegurar a supremacia da Constituição.

⁷⁶⁵ BERNAL PULIDO e, op. cit., p. 726-9; e LOPERA MESA, op. cit., p. 390-1. ALEXY, op. cit., p. 112-3, salienta que os princípios são mandados de otimização, nos quais a *adequação* e a *necessidade* dependem das possibilidades fáticas e a *proporcionalidade em sentido estrito* está ligada às possibilidades jurídicas conforme o caso.

conta, que o princípio da proporcionalidade obedece a uma estrutura defundamentação “meio e fim” (medida legislativa X finalidade), cujos aspectos empíricos correspondem ao juízo de adequação e de necessidade, e cujo viés valorativo refere-se ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, o conteúdo específico que adquire o subprincípio da adequação, quando aplicado ao exame das leis penais, irá diferir conforme se trate do controle de norma de “sanção” ou de “conduta”. Nesta, será indagado se a conduta prevista no tipo penal é suscetível de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico, cuja proteção é invocada como fundamento da intervenção legislativa – o que supõe integrar o princípio da ofensividade ao controle de constitucionalidade das leis penais. Já diante da norma de sanção, o exame da idoneidade busca estabelecer se a cominação penal da conduta representa um meio adequado que contribua para prevenir tal prática, operando em favor da proteção do bem jurídico ameaçado – o que demandará uma análise de juízo constitucional sobre a eficácia preventiva.⁷⁶⁶

No caso, o exame de adequação da “norma de conduta” tem por finalidade apurar se a conduta expressa no tipo penal possui a capacidade de afetar o bem jurídico, que surge como o fundamento da intervenção criminal; pois, apenas desta forma, a sua vedação será um meio idôneo que contribua para proteger tal bem. De onde, serão consideradas como inidôneas as proibições penais sobre condutas que não possuam potencialidade lesiva para o objeto, bem como toda a intervenção que resulte ineficaz ou que, de qualquer modo, não contribua ou até prejudique a tutela do bem jurídico.⁷⁶⁷

Aqui, dois fatores devem ser considerados para o exame da idoneidade. O primeiro, o da possibilidade de que a verificação do vínculo entre a conduta proibida e a afetação do bem jurídico requer, como pressuposto básico da exteriorização da conduta típica, que a proibição contida no tipo penal refira-se a ações ou a omissões capazes de causar alguma modificação no mundo exterior, excluindo-se comportamentos internos. E o segundo, determinar o grau em que a conduta afeta

⁷⁶⁶ LOPERA MESA, op. cit., p. 392-6, considerando relevante a opção por um conceito material de bem jurídico.

⁷⁶⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general*, vol. 1 Madrid: Universitas, 1996, p. 84-5.

ao bem cuja proteção abarca – sendo que nesta graduação cumpre distinguir os delitos de lesão e de perigo.⁷⁶⁸

Com efeito, na análise da eficácia preventiva do direito penal, deve ser apurado se a ameaça da pena estabelecida na norma de sanção é idônea para dissuadir a realização da conduta ilícita, do que dependerá a adequação deste meio para satisfazer a sua finalidade de proteção de bens jurídicos, sob o prisma prático e teórico.

Na face teórica, cumpre determinar o que deve ser entendido como eficácia da norma de sanção e estabelecer se tal eficácia é concebida num sentido puramente instrumental, ou se também podem ser aceitos os efeitos simbólicos e em que medida. Igualmente, deve ser visto se a eficácia do intervento penal não é apenas uma condição de sua legitimação externa (utilitarista), ou se pode ser uma condição de sua validade. Já na ordem prática, o mais importante é verificar o efeito preventivo das normas penais.⁷⁶⁹

De qualquer modo, a função principal do juízo de *adequação* é analisar a idoneidade qualitativa do meio para atingir o fim normativo. Afinal, sem esta condição ele não será proporcional, pois não há como colher benefícios numa medida de reduzida ou nenhuma eficácia e que ainda gere custos colaterais. Outrossim, tal controle deve ser operado nas duas faces do princípio da proporcionalidade, pois tanto será ineficaz uma medida restritiva para a qual a norma penal mostra-se inadequada por excesso (*v.g.* tocante às condutas de natureza tão só moral), como nos casos em que a tutela penal for conformada de tal maneira, que resultará inidônea por sua insuficiência protetiva (*v.g.* punir com pena de multa irrisória, delitos graves contra o sistema financeiro).

3.2 SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O segundo elemento que compõe a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade é o da necessidade, por via do qual é estabelecido se a medida em discussão – comparada com outros meios alternativos, dentre os idôneos, os

⁷⁶⁸ LOPERA MESA, op. cit., p. 396-8.

⁷⁶⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 410, citando as dificuldades práticas, incluso para o controle constitucional; e LASCURAÍN SANCHÉZ, op. cit., p. 228-9.

eficazes e os que estejam disponíveis para atingir o mesmo fim – resulta como a mais benigna ou a menos lesiva para os direitos fundamentais afetados pela intervenção.

Para tanto, deve ser verificada a ocorrência de métodos que sejam alternativos ao inicialmente eleito e que possam promover o dito fim, sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Aqui, duas etapas devem ser vencidas: a da “*igualdade de adequação dos meios*” (para verificar se os métodos alternativos promovem igualmente o fim), e a “*do meio menos restritivo*” (que analisa se as formas alternativas restringem em menor medida os direitos fundamentais que são atingidos).⁷⁷⁰

Na seara penal, a necessidade fundamenta-se “na exigência constitucional deque o interesse, a ser protegido pela norma, apresenta relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação na esfera de liberdade.” Então, já na análise prévia de quais bens são aptos a receberem a tutela penal, deve o legislador realizar um juízo ponderativo, como forma de aferir quais objetos e em que situações requerem uma proteção que autorize a intervenção mais drástica, que é a criminal.⁷⁷¹

Preconiza este princípio que é defeso ao direito penal intervir naquilo que não for necessário, seja pelo fato do bem jurídico poder ser tutelado por outro método menos custoso ou porque ele não necessita de proteção jurídica. Vindo a se reservar tal instrumento para as situações nas quais não haja meio alternativo, como qual se possa conseguir os mesmos fins que lhe são próprios, com menor afetação de direitos.

A intervenção deve ser a mínima imprescindível, ficando limitada às hipóteses em que os bens jurídicos mereçam e necessitem de proteção penal, diante dos ataques e das ameaças mais graves, frente aos quais outro tipo de atuação seria insuficiente. De modo a conferir guarida ao objeto e restringir outros direitos apenas no grau necessário para tanto, não podendo ir mais além daquilo que seja preciso para atingir o objetivo.⁷⁷²

⁷⁷⁰ ÁVILA, op. cit., p. 158, explicando os dois tipos de exames a serem realizados.

⁷⁷¹ GOMES, op. cit., p. 83.

⁷⁷² MATA BARRANCO, op. cit., p. 153-9; AGUADO CORREA, op. cit., p. 160-3 e 169; CARBONELL MATEU, op. cit., p. 207-8; e DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 128-9.

Daí decorre que o subprincípio da necessidade receberá os influxos de outros postulados, consistentes na exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, subsidiariedade e fragmentariedade, os quais acabam assumindo uma conexão e a inerente subordinação aos ditames maiores provenientes da Constituição, de sorte que se possa realizar o fim maior da lei penal, orientada a uma tutela de “ultima ratio”.

Intrínseco a tais fundamentos, está o fato de que a norma criminal é a mais forte forma de intervenção nas liberdades individuais e que a pena é a mais violenta sanção que o Estado possa impor. De onde, devem ser as menos aplicadas frente a outras, só podendo incidirem quando não houver maneira diversa de salvaguardar o direito a ser tutelado e tenham fracassado os outros meios de controle acessíveis ao Estado.⁷⁷³

Afinal, apesar de o cotidiano estar permeado por uma série de condutas negativas e indesejáveis, as quais, de algum modo, representam risco ou lesão, nem todas prescindirão da lei penal, pois podem ser prevenidas e reprimidas com eficácia assimétrica por outros meios de controle jurídicos ou informais. Restando o aparato punitivo estatal reservado apenas contra ataques e ameaças socialmente intoleráveis e para os bens fundamentais, pois se assim não o for, tal significa que ele não seria então necessário.⁷⁷⁴

Com efeito, o exame desse requisito tem curso tanto na elaboração da lei penal, como no momento de ser interpretada e aplicada, desde a cominação do tipo

– com a análise dos bens, das condutas, das sanções e dos meios alternativos menos coativos –, até a efetivação da pena, conforme a necessidade do caso concreto; e que deverá ser vista sob a dupla perspectiva da proporcionalidade, sem excesso ou deficiência.

Apesar do âmbito de conformação legislativa, poderá o Tribunal Constitucional verificar se a norma penal cumpriu os requisitos para a sua incidência. De onde ela pode ser considerada inconstitucional, caso exista outro meio menos grave e igualmente idôneo para atingir a finalidade pretendida, sendo

⁷⁷³ CORREIA, op. cit., p. 104-5.

⁷⁷⁴ CORREIA, op. cit., p. 106-7. Ver BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152.

então desproporcional o método criminal, por ter rompido o marco da necessidade, tornando-se excessivo.

Assim, a necessidade de intervenção advirá após constatado que a importância do bem jurídico, aliado às circunstâncias específicas e à insuficiência de outros ramos do direito, permitem a utilização do remédio penal, como forma de tutela apta do objeto pautado. Tal configuração impõe que o legislador maneje os ditos recursos de forma racional e só quando necessário, imprescindível e os demais meios falharem, dentro da missão de proteger os bens jurídicos mais valiosos, diante dos ataques mais graves.

Portanto, o Estado deve se valer dos meios menos lesivos, empregando o direito penal de forma subsidiária, quando outros ramos do direito não se mostraram suficientes para o mesmo fim de proteção. Aqui, incidem ainda dois aspectos: pelo *negativo*, o Estado não deve tutelar o bem jurídico quando este poderia receber idêntica proteção por via de outros meios sociopolíticos; e pelo *positivo*, o Estado está obrigado a tomar todas as medidas não criminais que evitem o uso da força da sanção penal.⁷⁷⁵

Dessa forma, “ao direito penal corresponde somente uma parte da função geral protetora de bens jurídicos a que se destina o ordenamento”, de modo que a face fragmentária da intervenção punitiva configura-se não como um defeito, mas como uma exigência maior. Diante do que, não cabe à lei penal tutelar todos os bens jurídicos, porém, apenas os fundamentais, ante as agressões mais intoleráveis, quando as exigências de tutela são suscetíveis de serem satisfeitas apenas pelas vias penais.⁷⁷⁶

Assim, deve ser aferido se o emprego da norma penal é o meio necessário para atingir o fim pretendido de tutela do bem jurídico. De onde a intervenção criminal será necessária se tal finalidade não puder ser alcançada com igual eficácia no caso de uso de um método alternativo menos restritivo, como a sanção civil ou administrativa. Já que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do bem.

Tal exame ocorrerá a partir de uma prévia análise a respeito do grau de eficiência “das medidas *a priori* sujeitas à implementação, completando-se a partir

⁷⁷⁵ AGUADO CORRERA, op. cit., p. 214-24, 232-5.

⁷⁷⁶ GOMES, op. cit., p. 84-7, salientando que tais ofensas devem ser “qualificadas, típicas e taxativas”.

de uma constatação empírica sobre a ineficácia – ou mesmo escassa eficácia – de uma das medidas”, às quais, ainda que sejam “em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão por que cedem espaço àquela que, não obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público” legítimo.⁷⁷⁷

Portanto, “a exclusão da norma do ordenamento jurídico somente poderá validamente realizar-se *se* à luz do raciocínio lógico”, obtido por via “de dados empíricos incontroversos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador considerou necessárias para alcançar fins de proteção análogos”, desponta como evidenciada a “*suficiência* de um meio alternativo menos restritivo dos direitos para consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador.” Contudo, salvo as hipóteses óbvias, “nas quais a *necessidade* de tutela jurídico-penal parece relevar-se desde logo como a única (relativamente) eficaz” (como no caso do homicídio), uma conclusão de tal índole possui escassa universalidade e dependerá de circunstâncias específicas de caráter local e temporal, numa determinada realidade social.⁷⁷⁸

Desta forma, o juízo de necessidade consistirá numa comparação entre a medida legislativa específica e outros meios alternativos, dentro de certos parâmetros: sua finalidade, em relação ao fim normativo, e sua menor lesividade, frente aos direitos fundamentais afetados por esta intervenção legislativa.⁷⁷⁹ Mais complexo do que o juízo de *adequação*, no qual se indagava sobre a eficácia da medida, a *necessidade* apresenta-se como um exame de eficiência do método, em comparação com outros, frente a sua capacidade de alcançar a finalidade proposta

⁷⁷⁷ FELDENS, op. cit., p. 163.

⁷⁷⁸ FELDENS, op. cit., p. 164, que cita decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (STC 55/96, F.J., 8): “Cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos”. Nesta linha ver GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 196.

⁷⁷⁹ PACHECO, op. cit., p. 201, cita como possíveis parâmetros: “a) a (intensidade da) promoção do objetivo da medida de intervenção; b) a intensidade da lesão ao princípio constitucional afetado; c) os ‘pesos’ dos princípios afetados (pelo meio empregado) e afetável (pelo meio alternativo)”; conforme Clérico. Ver também GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. 1, MIRANDA, Jorge (Org.), Coimbra: Coimbra, 1996, p. 260; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, 2ª ed., LEITE, George Salomão (Org.), São Paulo: Método, 2008, p. 232.

com o menor custo possível. Ou seja, “não se questiona a escolha” em si, “mas o meio empregado” para o seu fim.⁷⁸⁰

Com efeito, para o exame da *exigibilidade* é necessário incidir pelo menos um meio alternativo ao objeto de escolha do legislador, para que seja atingida a finalidade intentada pela norma; pois, se tal meio inexistir, será impossível realizar a comparação pretendida. Aqui, apesar da liberdade do legislador democrático poder reduzir ao mínimo as medidas alternativas, a garantia dos direitos fundamentais restringidos pela intervenção roga o manuseio de técnicas flexíveis de eleição, as quais permitem expandir, ao máximo, o conjunto dos métodos alternativos, como forma de aumentar as chances de encontrar um meio que não os afete, ou que o faça em menor intensidade.

Para tanto, o decisivo é estabelecer os critérios orientadores da busca e eleição dos meios alternativos por parte da Corte Constitucional, de modo a delimitar o espaço onde esta poderá realizar a análise requerida, frente ao subprincípio da necessidade. No caso, dentre os critérios apontados estão que, na busca dos meios alternativos, o Tribunal deverá considerar os argumentos das partes, as demais alternativas que foram objeto do debate legislativo e outros meios que, inseridos nos conhecimentos disponíveis na época da legislatura, seriam previsivelmente idôneos para atingir o fim pretendido. O outro critério, advindo da jurisprudência constitucional espanhola, refere que a busca de meios alternativos no juízo de necessidade deve considerar o conjunto de sanções que o mesmo legislador estimou necessário para alcançar fins de proteção análogos.⁷⁸¹

Após apontado(s) o(s) meio(s) alternativo(s) que poderia(m) incidir sobre o caso, passa-se ao juízo de comparação com a medida legislativa, utilizando o primeiro critério que consistente na idoneidade equivalente para obter o fim pretendido pelo legislador. Porém, aqui não basta estabelecer uma relação de “causalidade positiva” entre o meio alternativo e o fim legal, é preciso ainda verificar

⁷⁸⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 397, explicando que “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave.”

⁷⁸¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 433-5, citando duas decisões do Supremo Tribunal Constitucional da Espanha: 55/1996 (F.J. 8) e 161/1997 (F.J. 11).

a intensidade desta relação e comparar com que grau a medida legislativa promove a realização da mesma finalidade.⁷⁸²

Dentre as distintas posições a respeito, para Bernal Pulido a idoneidade do meio alternativo deve ser igual ou maior que a da medida legislada; considerando na sua análise não apenas algumas, mas todas as perspectivas incidentes na situação (tempo, plenitude, probabilidade, etc.), bem como a margem de escolha outorgada ao legislador. Ocorre que, quanto mais exigente for o critério para avaliar a idoneidade dos meios alternativos, menor será o conjunto dos meios que podem competir com a medida em análise e, em consequência, maior será a margem decisória do legislador para adotar o meio que considere mais oportuno para atingir os seus objetivos.⁷⁸³

Conforme Gonzáles-Cuellar (1990), após ser aceita a legitimidade do fim perseguido e a idoneidade da medida para tal, é preciso assegurar que o meio empregado na sua satisfação não sacrifique, de forma desnecessária, os direitos do afetado. Já que o objetivo é, de um lado, que estes sejam expostos na menor medida do possível e, do outro, que sejam atingidos ao máximo os interesses que justificam a intervenção.⁷⁸⁴

Em decorrência, serão fixados critérios comparativos para que, então, se possa buscar meios alternativos menos lesivos, capazes de realizar essa mesma finalidade. Dentro deste processo, o caráter fundamental que um método deve atender para que possa aspirar tal condição, é que seja dotado de aptidão suficiente para produzir os efeitos desejados pela intervenção. Ou seja, além de menos restritivo, o meio eventual deve ser suficientemente apto para atingir a finalidade almejada. Pois, do contrário, um meio que não seja eficaz não poderá ser considerado como uma forma alternativa.

Por sua vez, na doutrina e na jurisprudência alemã incidem posições as quais negam que a *necessidade* requeira a substituição da medida mais gravosa, nos casos em que a menos lesiva não apresente igual aptidão para satisfazer o fim. Entendendo que a eficácia do meio menos agressivo deve ser a mesma do mais

⁷⁸² LOPERA MESA, op. cit., p. 435-8. PACHECO, op. cit., p. 293, aduz que “quanto mais aspectos (eficácia, rapidez, probabilidade, amplitude etc.) exijam-se para que a idoneidade de um hipotético meio alternativo seja considerada equivalente à do meio empregado, provavelmente menor será o número de medidas alternativas”.

⁷⁸³ BERNAL PULIDO, Carlos, op. cit., p. 740-63.

⁷⁸⁴ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 196.

grave, de modo a não aceitar a alternativa suficientemente apta, quando não tiver idêntica idoneidade.⁷⁸⁵

Contudo, adverte Gonzáles-Cuéllar (1990) que o inconveniente de se adotar de forma rígida esta posição, é a impossibilidade da aplicação prática do vetor da exigibilidade, pois, normalmente, a medida mais grave assegura com maior intensidade a consecução do fim pretendido, do que a mais benigna. Ademais, a exigência de igualdade, em detrimento de um meio alternativo que detenha uma eficácia suficiente, também iria contrariar o próprio princípio da intervenção mínima, que aqui não pode ser ignorado.⁷⁸⁶

Com efeito, o espectro de idoneidade de um método suficientemente apto não é igual ao do tido como excessivo, pois embora ambos sejam idôneos, este é mais seguro para atingir a finalidade, exatamente pelo elevado nível de confiança que a sua maior restrição gera. Assim, diante de tais variáveis, o melhor seria estabelecer como requisito da alternativa menos gravosa, que ela tenha “aptidão suficiente” em vez de “igual aptidão”.⁷⁸⁷

No mesmo sentido, Lascuráin Sanchez (2000) entende ser de elevada pretensão eleger o critério de comparação para o juízo de necessidade, partindo-se da hipótese de que cumpra exatamente a mesma finalidade e com idêntico nível de satisfação. Afinal, com tal método buscar-se-ia medir com exatidão o que não é assim mensurável, procurando prefigurar, com precisão, um cânone de eficácia sobre a efetividade de uma norma inexistente, além de estabelecer distinções que não são exigidas pela percepção social e institucional da proporção de uma norma, frente aos custos e às vantagens.⁷⁸⁸

Assim, como para o êxito do objetivo já seria suficiente um meio menos lesivo, com eficácia equivalente, ocorrerá que o grau de restrição de direitos que a medida original gera tornar-se-á demasiado forte, diante da satisfação do seu fim

⁷⁸⁵ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 196-7; e LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 230-1. Ainda, LOPERA MESA, op. cit., p. 438-9, aduz que embora a Corte Constitucional alemã tenha sustentado “*que la idoneidad del medio alternativo debe ser igual a la medida enjuiciada considerada desde todas las perspectivas, en la práctica há matizado considerablemente las exigencias que se derivan de tal criterio, conformándose [...] con un medido alternativo que, considerado desde todas las perspectivas, no presenta el mismo grado de idoneidad que la medida legisladas*”, como nas BVerfGE 53,135 e 36,147.

⁷⁸⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 197.

⁷⁸⁷ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 197-8.

⁷⁸⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 231, sobre a “*funcionalidad manifiestamente similar*” (STC161/1997).

que poderia ser atingida com menores custos. Então, caso excluído deste exame os meios que não forem de idoneidade absolutamente igual, o resultado será a dificuldade da aplicação do vetor da necessidade e a diminuição do seu efeito perante as ingerências públicas.⁷⁸⁹

Para tanto, Lopera Mesa (2006) propõe que uma solução mais plausível dar-se-ia se em vez de excluirmos previamente os meios que não tenham igual idoneidade, que estes também fossem analisados sob o viés da sua menor lesividade para que, após expostas as diferenças entre o meio legislativo e os alternativos pelas duas perspectivas, fosse operada uma comparação geral entre ambos e então estabelecido qual seria mais eficaz. Assim, poder-se-ia questionar a necessidade de um meio legislativo, quando existisse outro alternativo cuja menor idoneidade fosse compensável pela sua menor lesividade.⁷⁹⁰

Para tanto, apresenta como exemplo um método legislativo para o qual pudesse ser atribuído o grau de idoneidade com peso 05, subtraído pela lesividade com peso 06, de onde se chegaria a um nível de eficiência de -01. Enquanto isto, haveria uma medida alternativa com grau de idoneidade de peso 03, mas com lesividade de peso 02, resultando num nível de eficiência de +01. Aqui, embora de menor idoneidade, o meio alternativo também é de menor lesividade. De onde, pelo critério da “compensação”, conclui-se ser ele de maior eficiência que o original, para atingir o fim pretendido.⁷⁹¹

Portanto, o fundamental é que o tipo de direito preservado (v.g. a liberdade), seja superior ao de direito sacrificado. Se tal saldo supera aquele que adviria de outras medidas possíveis para alcançar o mesmo fim, resulta que o meio eleito é proporcional. Contudo, se o resultado é negativo, de modo que o meio gere mais restrições do que benefícios, quando formas alternativas teriam eficácia equivalente, com menores custos, tal significa que o método em análise é desproporcional, quanto à sua necessidade.

Com efeito, cumpre atentar para o fato de que o princípio da proporcionalidade é dotado de duas faces. Assim, caso sacrificados os *direitos de defesa* por medidas que sejam por demais rigorosas, estará violado o viés da

⁷⁸⁹LOPERA MESA, op. cit., p. 439-40, mas isto apenas sob o ângulo da proibição do excesso; e LASCURAÍN SÁNCHEZ, op. cit., 229-30.

⁷⁹⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 440.

⁷⁹¹ LOPERA MESA, op. cit., p. 440-1,

proibição do excesso. Mas, se o meio empregue vulnera os *direitos de proteção*, por não tutelar de forma eficiente direitos de índole fundamental, quando estavam disponíveis outros métodos que trariam melhores resultados, estará cindido o postulado *proibição da proteção deficiente*.

Outrossim, ainda que a exigência de idêntica idoneidade da medida atenda a um caráter de otimização do princípio, com vistas a realizar a finalidade da norma, deve observar-se que a busca do meio menos lesivo opera como uma exigência dos direitos fundamentais afetados pela intervenção legislativa. Assim, para Alexy, se dois meios possuem a mesma idoneidade para atingir igual fim, mas um deles restringe em menor intensidade um direito fundamental, a opção por este é imposta pelo mandado de otimização de tais direitos, a serem satisfeitos em maior grau pelo último meio.⁷⁹²

Contudo, a constatação do critério da menor lesividade dependerá de diferentes perspectivas, tal como na idoneidade, a se verificarem no caso concreto, sendo que, na hipótese da sua impossibilidade, será conduzido para a análise “em sentido estrito”.⁷⁹³

Na ótica de Gonzáles-Cuellar (1990), aceito o critério de suficiente idoneidade da medida comparável, deve ser verificado qual delas é a menos gravosa, permitindo atingir a finalidade perseguida, com menor sacrifício aos direitos e interesses afetados. Assim, filia-se à posição de que é possível construir uma “escala de lesividade” das medidas, comparando a gravidade do meio segundo o dano produzido. De modo que seja possível eleger aquele que restrinja em menor medida os interesses atingidos e, ao mesmo tempo, assegure o maior grau de eficácia objetivado, limitando os direitos apenas na razão em que seja imprescindível para satisfazer a finalidade almejada.⁷⁹⁴

Para tanto, além dos critérios “técnico-empíricos”, incidem os “valorativos”, em condições que dependerão da análise judicial específica e das particularidades do

⁷⁹² ALEXY, op. cit., p. 113-4.

⁷⁹³ CLÉRICO, Laura, 2001, p. 117-37, entende que, apesar da menor afetação, o meio alternativo pode ser excluído se “exige costos considerablemente mayores que los de la medida adoptada por el legislador; costos que el legislador pudo considerar inaceptables y que los particulares afectados con la medida, en razón de su ‘vinculación a la comunidad’ [...], no pueden esperar que para evitar medidas limitadoras de sus derechos sean empleados los limitados recursos públicos disponibles que la sociedad [...] espera sean destinados a combatir las injusticias sociales”; apud LOPERA MESA, op.cit., p. 444-5.

⁷⁹⁴ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 198-9, ancorado no escólio de Hirschberg.

caso. Em âmbito no qual devem ser considerados não apenas o volume de restrição dos direitos fundamentais afetados – mensurados em parâmetros como a duração e a intensidade da ingerência –, mas também todas as consequências previsíveis, sejam elas relevantes ou não, diretas ou indiretas e desejadas ou não para o êxito da norma.⁷⁹⁵

Outrossim, para Jiménez Campo a obrigação de eleger o método mais benigno não resulta necessariamente aplicável ao legislador, cuja liberdade de optar, entre as diversas possibilidades de regulação dos direitos, apenas estaria limitada pelo seu conteúdo essencial e por aquelas exigências derivadas do princípio da igualdade.⁷⁹⁶

Neste lastro, bem assinala Feldens sobre a importância de se conjugar as proposições aqui expostas. Pois, se por um lado não se pode promover simplesmente “uma procura cega, à revelia de qualquer outro critério valorativo, pelo meio mais eficaz, por outro, não há como anularmos a liberdade de configuração do legislador”, quando, ao operar sobre uma área limítrofe, posicione-se por adotar a sanção de uma ou de outra natureza. Então, em determinada medida, “o juízo de suficiência da eficácia está acometido exclusivamente ao legislador, sendo tal escolha jurisdicionalmente sindicável apenas quando se mostrar arbitrária ou manifestamente desproporcional”.⁷⁹⁷

Com efeito, importa ainda analisar qual direito ou interesse é afetado por tal intervenção. Assim, sob o enfoque da proibição do excesso, o exame deve recair sobre o bem jurídico afetado pela norma penal incriminadora (de regra, a liberdade). Contudo, sob o ângulo da proibição de proteção deficiente tal quadro modifica-se, pois aqui deve ser analisado se o eventual ato despenalizador “não culmina por dissociar-se do imperativo de tutela que sobrepõe o direito fundamental à proteção do qual a lei penal incriminadora fora anteriormente estabelecida”. Ou seja, se numa

⁷⁹⁵ GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 200; e PACHECO, op. cit., p. 208-9.

⁷⁹⁶ JIMÉNES CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p. 78, anotando os limites do legislador no tocante ao conteúdo essencial e à vedação da discriminação.

⁷⁹⁷ FELDENS, op. cit., p. 165. Acrescenta que, de acordo com Klaus Tiedemann, “o Direito Penal não resulta comparável com outros instrumentos jurídico-normativos ou sancionadores; sua vinculação à idéia de reprovação ético-social da culpabilidade faz com que ele não se encontre com os demais ramos do direito sancionador (Direito Administrativo, Comercial, etc.) em uma relação puramente quantitativa, de menos a mais, senão que ‘por esse reproche de culpabilidad que lleva consigo es un ‘aliud’ bien singular’.”

face os meios menos rigorosos incrementam o “nível de liberdade individual dos cidadãos em geral”; na outra, deve ser analisado se isto não gera riscos ao direito fundamental tutelado.⁷⁹⁸

Portanto, na hipótese de proteção insuficiente o controle de constitucionalidade tem por objeto justamente uma omissão legislativa, ou uma norma legal que não tutela o direito fundamental ou, ainda, uma medida que não o protege de forma eficiente, ao não permitir a sua realização na maior medida do possível, como deveria ser.⁷⁹⁹

Dessa forma, pode ocorrer que a necessidade de utilização da medida penal já venha previamente indicada na Constituição. Neste caso, não será legítima a busca por um meio restritivo menos lesivo, bem como deve ser considerado inconstitucional qualquer ato que venha a retirar do sistema o modo de proteção exigido. Já que aqui, é a Lei Superior que determina que o meio penal é o necessário à tutela do bem.⁸⁰⁰

3.3 SUBPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Considerando-se como aceita a adequação e a exigibilidade de uma medida, terá azo a análise da proporcionalidade em sentido estrito, mediante o emprego de técnicas de contrapeso de bens ou de valores e a ponderação de interesses no caso concreto. Isso, com o fito de determinar se o sacrifício dos interesses individuais que importa a restrição legislativa, possui uma relação proporcional com a relevância do objeto estatal que se busca proteger. Então, sob o enfoque da proibição de excesso, se a limitação de direito resulta demasiada, o método deverá ser considerado inadmissível neste exame, ainda que tenha satisfeito os pressupostos dos demais subprincípios.

Em termos práticos, após atendidos os outros dois requisitos citados nesta fase, é que “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação”, para “se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.” Portanto, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para

⁷⁹⁸ FELDENS, op. cit., p. 165.

⁷⁹⁹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 810. Tal tema será tratado adiante, em capítulo e item próprio.

⁸⁰⁰ FELDENS, op. cit., p. 165-6, anotando a exigência de manutenção e de não revogação do meio penal.

se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.⁸⁰¹

Na espécie, busca-se uma solução que não seja desproporcional e que respeite os postulados constitucionais, quando da restrição de algumas categorias de direitos, para a proteção de outras. Para tanto, realiza-se a ponderação dos valores em conflito no caso em concreto, com o fim de encontrar o equilíbrio apropriado entre a eficácia de um e o sacrifício do outro, assegurando o máximo respeito aos objetivos da lei.⁸⁰²

Assim, é produzida uma análise do tipo custo e benefício, entre o resultado obtido pelo meio eleito e a afetação dos direitos contrapostos, na qual se verifica se o produto advindo da intervenção é proporcional à carga coativa gerada por esta, comparando a importância de implementar o ato, suas restrições e consequências.

Contudo, diverso do que ocorria nos dois juízos anteriores, onde a finalidade era apenas um referencial, no exame da ponderação o fim do intervento constitui um elemento essencial seu, no qual “a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental”, diante do que se torna crucial “*determinar a importância que a Constituição concede à consecução do referido fim*”.⁸⁰³

Desta forma, a proporcionalidade em sentido estrito realizará uma função que Piertoh e Schlink denominam de “*controle de sintonia fina*”, buscando o possível equilíbrio entre os objetivos perseguidos e os direitos afetados pela intervenção, de modo a concluir pelo acerto de determinada medida ou a necessidade de sua revisão.⁸⁰⁴

No campo penal deverá ser verificado se a afetação de direitos fundamentais gerada pela definição de uma dada conduta como delito e a sua respectiva sanção está justificada pela importância que comporta a tutela do bem jurídico, o qual lastreia a intervenção legislativa de índole criminal. Nesta etapa, é que a

⁸⁰¹ CANOTILHO, op. cit., p. 270, citando que este deve ser “entendido como princípio da *justa medida*”.

⁸⁰² GONZALES-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 225, 230-2, explica que as notas essenciais deste subprincípio são “fundamentalmente tres: em primer lugar, se trata de un principio valorativo; es, ademas, un principio ponderativo; y [...] puede ser considerado un principio de contenido material, no meramente formal”. E conclui que a ponderação seria um contrapeso.

⁸⁰³ FELDENS, op. cit., p. 166, grifo no original, e citando ainda o escólio de Kluth. Na mesma linha ÁVILA, Humberto; op. cit., p. 160; e FREITAS, Luiz, op. cit., p. 210-1.

⁸⁰⁴ PIERTOH, Bodo; SCHLINK Bernhard, 2005, p. 67-8, *apud* MENDES, et al., op. cit., p. 332-3.

proporcionalidade em sentido estrito residirá sob a forma de uma ponderação invocada para dirimir conflitos normativos, sem sacrificar a validade dos princípios em litígio e determinando que, sob condições específicas, um dos valores em colisão deverá ceder em favor do outro.⁸⁰⁵

Assim, é operada a última etapa de verificação da pertinência constitucional da norma, na qual meio e fim devem resultar proporcionais entre si. Aqui, pondera-se o valor do bem jurídico tutelado penalmente e a desvalia da conduta que ele encerra, com o valor da liberdade atingida pela previsão penal.⁸⁰⁶ De onde, é estabelecida a medida justa com que um direito cederá em favor do outro (v.g. o individual em prol do coletivo), por via do balanceamento dos direitos fundamentais em colisão no caso concreto.

No tocante à ponderação, esta possibilita atingir um tipo de hierarquia móvel entre os interesses que se enfrentam, sem anular a validade individual deles, mas, sim, estabelecendo que naquelas circunstâncias um deve ceder frente ao outro. De onde, formar-se-á entre eles uma relação de prevalência condicionada, que vale para aquele caso específico, mas que em outras condições poderia conduzir a solução diversa.⁸⁰⁷

Conforme Alexy, pela “lei da ponderação” quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.⁸⁰⁸ A partir de tal regra, a ponderação é decomposta em três fases: a da atribuição de peso a cada um dos princípios em colisão; a da comparação entre ambas as magnitudes (para estabelecer uma relação de

⁸⁰⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 498-9, invocando os citados doutrinadores.

⁸⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, 1998, p. 61, *apud* LOPERA MESA, op. cit., p. 498, afirma que a conservação “*íntegra de la Constitución exige ponderar, porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstrata normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiera unida y consensuada en torno a la Constitución*”. Ver também, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

⁸⁰⁷ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796; e LOPERA MESA, op. cit., p. 498. VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 183, cita que a “*ponderación de bienes (Güterabwägung) se apoya en la capacidad del jurista que ha asumido la resolución del entuerto para que, sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezca una cierta preferencia o desplazamiento de alguno de los principios en juego. [...] tiene el deber de intentar la conciliación o armonización, sin perjuicio de esgoger uno de ellos en razón de las exigencias y modalidades que ofrece el caso que resuelven por la sentencia o la norma que dictan.*”

⁸⁰⁸ ALEXY, op. cit., 2002, p. 161.

precedência condicionada entre os princípios), e a formulação de uma regra de decisão como resultado da ponderação.⁸⁰⁹

A etapa inicial pressupõe a anterior definição dos valores que intervêm na ponderação, para então ser determinado o peso com que cada um dos fatores concorrerá para esta. No caso, tal estrutura de argumentos roga ser complementada por uma série de critérios que permitam formular juízos racionais. Só que não apenas do grau de afetação dos direitos fundamentais e do nível de satisfação dos bens jurídicos tutelados pela medida. Mas que também observem as demais variáveis incidentes na atribuição de peso para cada um dos princípios em colisão.⁸¹⁰

Para tanto, Robert Alexy propõe atender a três variáveis: a intensidade de afetação ou satisfação de direitos no caso concreto; o seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas que sustentam os argumentos favoráveis ou contrários à intervenção. A partir disso, será valorada cada uma destas premissas, numa escala composta pelos níveis “leve”, “moderado” e “sério”, os quais irão facilitar o seu exame.⁸¹¹

A primeira variável refere-se ao nível de afetação, ou de não satisfação, da garantia ou do direito fundamental que é restringido pela medida legislativa, bem como o grau em que este meio contribui para satisfazer a finalidade que respalda a restrição. Além do que já fora analisado no juízo de necessidade, aqui será examinada a relação de proporção direta entre a intensidade com que a norma em questão afeta e satisfaz os princípios em pauta, e o peso que estes últimos possuem face da ponderação.⁸¹²

Analisando a intensidade sob o enfoque da proibição do excesso, Lopera Mesa (2006) anota que a medida pode afetar os direitos fundamentais, tanto na definição da conduta proibida como na classe e quantidade de pena aplicada, de

⁸⁰⁹ LOPERA MESA, op. cit., p. 499, acrescentando que Clérico (2001, p. 165), denomina as três etapas de: “‘*preparación de la ponderación*’ [...], ‘*ponderación en sentido próprio*’ [...] y ‘*postponderación*’.”

⁸¹⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 500-3, explica que “la racionalidad de tales juicios dependerá de su apoyo en todos aquellos argumentos que sean de recibo en la argumentación práctica en general.”

⁸¹¹ ALEXY, op. cit., p. 95-8; e ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-300. Ver STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 76-86.

⁸¹² LOPERA MESA, op. cit., p. 502-4, anotando os três níveis citados como *leve*, *médio* e *grave*.

acordo com cinco aspectos. O do *alcance* da intervenção, onde a sua intensidade será maior quanto maior forem os tipos de posições ligadas ao direito, os quais serão afetadas pela proibição e pela pena. O da *probabilidade* que se produza a restrição, que será maior no caso das afetações desencadeadas como consequência direta e necessária da medida legislada, do que no caso das que só representem restrições potenciais ou ameaças ao direito fundamental. O da *duração*, onde uma intervenção mais longa será mais grave que a de curto tempo. O da consideração dos *efeitos secundários lesivos* que pode desencadear a penalização de uma conduta, em relação ao exercício legítimo de certas liberdades na democracia. O da *comparação* com a pena prevista para delitos de similarnatureza, onde a restrição será mais intensa quando a sanção cominada na norma em pauta é maior do que a de um delito de similar ou maior gravidade, ou até do quea prevista em outro sistema.⁸¹³

Já a intensidade com que a norma penal satisfaz o mandamento que ordenaa proteção do bem jurídico, e que justifica a intervenção, é determinada por dois critérios. O da *ofensividade* da conduta que se procura inibir, de onde, quanto mais ofensiva ao objeto for a conduta descrita no tipo penal, maior será o contributo dasua proibição para tutelar o bem jurídico – sendo válido o contrário. E o da *modalidade de imputação subjetiva* ao autor da conduta, de onde a intervenção penal, dirigida a inibir ataques dolosos ao bem jurídico, representa um nível maior detutela em relação aos ataques culposos, observando-se ainda a culpabilidade e as consequências da conduta.⁸¹⁴

No tocante ao “peso abstrato”, parte-se da premissa que, apesar da hierarquia formal dos diferentes princípios em colisão, a importância material decada um deles pode ser diferente, de acordo com o significado ou o valor que seja atribuído pelas partes na análise prática constitucional. Porém, o exame do peso abstrato é um critério adicional, que complementa o da intensidade de afetação dos princípios em discussão.

Aqui, para sua operatividade, Lopera Mesa (2006) apresenta os seis seguintes critérios: hierarquia constitucional dos princípios; prioridade dos princípios que expressam direitos individuais face aos que reconhecem bens coletivos;

⁸¹³ LOPERA MESA, op. cit., p. 505-10.

⁸¹⁴ LOPERA MESA, op. cit., p. 511-2.

prioridade de direitos fundamentais em função do seu grau de resistência constitucional; proximidade da posição afetada ou protegida pela intervenção diante do espectro de aplicação do direito fundamental; vinculação com o princípio democrático e com a dignidade humana, e o reconhecimento da sua prioridade em decisões precedentes de casos análogos, como vinculante.⁸¹⁵

Na outra variável é medido o grau de certeza sobre as “premissas empíricas” que respaldam os argumentos a favor ou contra a intervenção legislativa. As *favoráveis* à constitucionalidade da norma em discussão são as que se orientam a provar o nível de idoneidade da intervenção (na intensidade com que estas contribuem para atingir o seu fim) e de necessidade do meio (pela ausência de alternativas igualmente idôneas e menos restritivas). Já as *contrárias* são as que indicam o seu grau de lesividade ou afetação dos direitos fundamentais e a sua falta de necessidade, vindo a expor medidas alternativas que com menor sacrifício atingiriam a finalidade perseguida.⁸¹⁶

Para a medição desta variável, utiliza-se uma escala com três intensidades, nas quais se distingue um nível de certeza alto (premissas certas ou seguras), médio (premissas plausíveis ou justificáveis) e mais baixo (premissas que não são evidentemente falsas). Determinado o valor das variáveis relevantes para a fixação do peso de cada um dos princípios, o próximo passo será relacionar tais valores e resumir, numa só magnitude, o peso de cada um, para estabelecer qual princípio prevalece sobre o outro. Dessa forma, torna-se possível delimitar e observar os direitos fundamentais afetados pela intervenção penal (conduta e sanção) e os bens jurídicos para cuja proteção está voltada a medida em pauta.⁸¹⁷

Após, deverá ser realizado o exame de comparação e prevalência, onde quanto maior for o peso do princípio afetado pela intervenção no caso concreto, tanto maior deve ser o peso que possua, naquele caso, o princípio que autoriza a intervenção penal. Ou seja: quanto mais um princípio é restringido, maior é a sua

⁸¹⁵ LOPERA MESA, op. cit., p. 513-24.

⁸¹⁶ LOPERA MESA, op. cit., p. 525-6, anotando que a “asignación de uno o outro grado de certeza se realiza en función del respaldo probatorio con que cuentan las premisas empíricas que se aducen a favor y en contra de la intervención”, sendo que os casos duvidosos resolvem-se pelo “in dubio pro legislatore”.

⁸¹⁷ ALEX, op. cit., 2002, p. 158-69; e LOPERA MESA, op. cit., p. 526 e 531-5.

capacidade de resistência e, então, o seu peso – o que exigirá um aumento da força das razões contrárias a ele.⁸¹⁸

Já nas situações em que os valores em discussão possuírem a mesma medida, bastará que o princípio que justifica a restrição seja igual ou maior que o afetado, resolvendo-se a questão de acordo com as razões legislativas. Aqui, presume-se a constitucionalidade da norma sempre que os benefícios que dela derivam sejam, no mínimo, iguais aos sacrifícios que ela importa aos direitos fundamentais.⁸¹⁹

Firmado o juízo de ponderação num caso concreto, surge que os resultados daí obtidos serão expressos mediante uma regra destinada a valer como premissa maior da fundamentação interna do juízo de constitucionalidade da lei em discussão e como precedente aplicável aos casos futuros, dotados de idênticas propriedades relevantes. Então, a partir de uma situação fática resolvida, é formulada uma construção genérica que sirva de suporte para uma regra, a qual expressará o produto da ponderação tanto para aquele caso, como para outros que sejam subsumíveis numa mesma hipótese.

Trata-se, aqui, da chamada “relação de precedência condicionada” entre o direito fundamental e o princípio que justifica a restrição, resultante do exame da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, se precedência é firmada em favor do direito fundamental, a intervenção sobre ele deve ser declarada inconstitucional. Mas se a precedência recair sobre a norma restritiva, esta será considerada constitucional.⁸²⁰

Entretanto, tal não significa que o princípio ou o direito, que aqui teve de ceder, esteja superado ou venha a ocupar uma hierarquia inferior na escala de valores do sistema. Afinal, o tipo de regra resultante desta ponderação poderá ser revisto, conforme os requisitos e as particularidades do novo caso. Só que, nas situações futuras, a parte que pretende modificar a solução prévia deverá apresentar fundamentos e satisfazer exigências ainda maiores do que na hipótese original. Tal

⁸¹⁸ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 787-8; e ALEX Y, op. cit., 2002, p. 161.

⁸¹⁹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 795; e LOPERA MESA, op. cit., p. 543.

⁸²⁰ LOPERA MESA, op. cit., p. 545-8; BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796-9; e LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 85-6.

ocorre em razão do peso da regra gerada pelo precedente e que irá se irradiar para casos idênticos e análogos.⁸²¹

Em termos penais, isso significa que o tipo de comparativo que será realizado deve ter em conta que, quanto mais drástica for a intervenção nas liberdades individuais, tanto maior terá de ser o tipo de interesse que com tal meio busca-se resguardar. Aqui, como a restrição manifestar-se-á sobre os chamados “direitos de defesa”, exatamente para exercer a tutela dos “direitos de proteção”, deverá ser operada a ponderação entre tais categorias, a fim de apontar qual irá prevalecer naquelas condições. Sem prejuízo de se recorrer a outros métodos, já que o penal figura como o meio mais rigoroso.

Para tanto, serão avaliadas as dimensões em torno do delito e sua gravidade, em relação às consequências impostas ao agente pela prática do ilícito penal. De onde, um fato de menor relevo não pode ser castigado como outro mais grave e vice-versa. Pois, além de desproporcional – por excesso ou insuficiência –, causaria entropia no âmbito de valoração social das condutas. De qualquer modo, os “ganhos” (proteção) não precisam ser superiores às “perdas” (restrição), bastando que sejam proporcionais.

Com efeito, pode ainda ocorrer que determinada medida não seja proporcional em sentido estrito, em virtude da violação do princípio da proteção deficiente. Ou seja, quando mecanismos penais que sejam adequados e necessários para a proteção de determinado bem jurídico forem empregues de forma não suficiente, de tal modo que não podem desempenhar a correta realização do dever de proteção. Tal pode ocorrer, por exemplo, em situações de baixo e impreciso nível sancionatório, ou em situações nas quais em vez de ser empregue o sistema de reclusão, o legislador opta pela medida de reclusão.

3.4 AS DESPROPORÇÕES DO SISTEMA

Primeiramente, é importante ter em conta que quanto mais elevada for na escala constitucional “a posição do bem jurídico em ameaça, maior será a exigência de proteção dirigida ao Estado (necessidade), e mais enérgicos e agressivos

⁸²¹ ALEXYY, op. cit., 2002, p. 94 e 166-9; e BERNAL PULIDO, op. cit., p. 796-9;

poderão e deverão ser os meios a utilizar (justa medida”, ou proporcionalidade em sentido estrito).⁸²²

Ainda, “quanto mais difícil a reversão ou reparação das eventuais lesões aque o bem jusfundamental se encontra exposto”, como no caso de destruição de uma edificação tombada, “maior importância terá de assumir a proteção estadual (necessidade), e mais relevância deverá ser conferida às intervenções protetoras de caráter preventivo (adequação)”.⁸²³

Também, “quanto menor for a capacidade do titular do direito para se colocar salvo das ameaças que o afetam, ou para proceder autonomamente à sua defesa”, o que vale para o meio ambiente e para um bem cultural, mais relevante “será o papel da proteção a conceder pelo Estado (necessidade), e maior deverá ser o investimento em meios destinados a reforçar a capacidade de defesa própria daquele”, ou ainda “mais intensos poderão e deverão ser os instrumentos a empregar (justa medida)”.⁸²⁴

Prosseguindo com o nosso estudo, examinaremos aqui brevemente como a Lei dos Crimes Ambientais trata diferentes bens jurídicos no seu âmbito de proteção penal, a partir de uma dupla comparação, para se aferir um âmbito de proporcionalidade ou não, de acordo com os examinados vetores da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito antes estudados.

Podemos verificar que a tutela penal do patrimônio cultural é adequada, pois apesar de limitações que possa criar ela é idônea para desempenhar um fim protetivo. Ou seja, o uso de mecanismos penais é apropriado e possui idoneidade para a sua tutela, já que se trata de um autêntico bem jurídico, dotado da devida relevância, completando-se a devida relação entre o meio eleito e a sua finalidade.

Igualmente, temos como necessária a escolha dos instrumentos de matriz criminal, já que entre os demais disponíveis ela não restringe indevidamente os outros direitos contrapostos, sendo apta e exigível para a tutela em questão, na medida em que meros instrumentos administrativos e civis não teriam o condão de proteger com a mesma e requisitada eficácia o patrimônio cultural.

⁸²² SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 488. ⁸²³

SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 488-9. ⁸²⁴

SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 489.

Logo, a tutela penal do patrimônio cultural não apenas atende aos examinados postulados da *adequação e necessidade*, mas, para ainda além disto, ela vem desde já pré-indicada pelo constituinte, quando determina no artigo 216, § 4º, da CF-BR, que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”. Aqui, interpreta-se que tal punição será pelas vias criminais, em conformidade com lei penalizadora.

Entretanto, a questão a ser considerada é se os artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/1998 desempenham de forma proporcional a tutela criminal do patrimônio cultural, na forma com que foi requisitada pela Constituição pátria, dentro do conceito que o art. 216 traça e da determinação que o poder público promoverá e protegerá este nosso patrimônio.

Já tivemos a oportunidade de examinar que o principal delito figura do artigo 62 e abarca as formas diretas de dano ao patrimônio cultural, seja por ação ou omissão, dolo ou culpa. Ou seja, sob ponto de vista do âmbito da conduta o objeto encontra-se devidamente resguardado, mas e quanto à sanção?

Primeiramente, a forma culposa é sancionada com detenção e passível de transação penal, resultando que a prática do delito possa ser resolvida pelo mero adimplemento de alguma prestação pecuniária ou de serviço social. Mas será que tal é suficiente quando nos deparamos no perecimento eterno de um determinado bem cultural, por negligência, imperícia ou imprudência do garante?

Prosseguindo, a forma dolosa é apenada com reclusão, mas no máximo de três anos. Portanto, passível de receber os institutos de suspensão condicional do processo, ou da pena, e também a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Ou ainda atualmente sequer redundar na deflagração completa do processo penal, já que pode ser contemplada com o moderno acordo de não persecução penal, além de contar com rápido prazo prescricional.

Queremos aqui grifar que após um decênio da Constituição, o legislador ordinário editou novos tipos de tutela do patrimônio cultural, em substituição aos antigos artigos 165 e 166 do Código Penal. Contudo, escolheu um âmbito sancionatório para o qual desde já era possível a adoção de medidas despenalizadoras, já que admitido o uso dos citados institutos mais benignos ao acusado.

A nosso ver tal significa que o emprego dos mecanismos penal, embora desde já estejam constitucionalmente gabaritados como adequados e necessários à proteção do patrimônio cultural, não atendem à proporcionalidade em sentido estrito e violam o princípio da proibição da proteção deficiente do bem jurídico em pauta, na medida que se optou por um modelo de sanção tímido, passível de não penalização, suscetível dos mais variados benefícios, podendo simplesmente ser resolvido na via negocial, sem outras consequências mais gravosas ao infrator.

Não se trata simplesmente de se insurgir contra a justiça consensual, mas aqui estamos diante de uma questão fulcral intransponível. Os instrumentos e benefícios em questão pressupõem como condição do acordo a reparação do dano, o que é referendado pelos próprios artigos 27 e 28, I, da Lei nº 9.605/1998 e determinado pelo art. 225, §3º, da CF-BR.⁸²⁵

Contudo, na hipótese do delito do art. 62 da norma ambiental, com a destruição completa do bem cultural protegido, como no caso de um antigo casario, de que forma operar-se-ia a recuperação e reparação? Na espécie, a reconstrução do imóvel é uma solução por demais controvertida, e esta não seria necessariamente uma medida recuperatória ou reparatória, pois a novel edificação nada mais seria do que uma réplica de si mesmo, uma reprodução do passado, uma cópia do original incapaz de assumir as características e o relevo da antiga construção tombada.

No caso, estamos certamente diante de uma grave lacuna legislativa e que poderia ser resolvida com o tratamento mais denso da matéria, conferindo maior atenção ao patrimônio cultural. Entendemos que para tais situações e para uma tutela mais eficiente, o sistema deveria dispor de uma legislação estatutária sobre a

⁸²⁵ Lei nº 9.605/1998. Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade. Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

CF-BR. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

matéria, na qual estariam previstos vários instrumentos, com medidas administrativas que impusessem restrições e sanções pecuniárias ao causador de tal dano, com meios civis que previssessem formas de reparação adequadas e com tipos penais capazes de dissuadir tais práticas e de puni-las proporcionalmente se realizadas.

Prosseguindo, também é importante mirar o quão irreversíveis são as lesões ao *bem* protegido e a impossibilidade de defesa própria que os objetos culturais materiais possuem, o que cria para o Poder Público uma obrigação de remoção dos riscos, de reparação na medida do possível dos atentados ou de compensação equivalente dos danos. Mas, é claro, sem com isso abrir mão do uso proporcional dos instrumentos de índole penal, já que os demais mecanismos disponíveis (seja administrativo, civil ou ambos) não são suficientes e adequados para a tutela eficiente do patrimônio cultural, reconhecido como bem jurídico-constitucional.

Com efeito, a posição explanada torna-se ainda mais forte e evidente se verificada dentro do microsistema da Lei dos Crimes Ambientais, e cotejada com outro objeto específico, consistente no crime de maus tratos aos animais, previsto no art. 32⁸²⁶ desta lei e que aqui escolhemos como um referencial para análise.

De início, veja-se que a pena mínima de agressão contra um animal é maior do que aquela empregada caso a mesma conduta fosse dirigida contra uma criança⁸²⁷ ou um idoso.⁸²⁸ Mas se for um animal doméstico, apenas cão e gato, a

⁸²⁶ Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

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

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

⁸²⁷ **Código Penal.**

Maus-tratos. Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

⁸²⁸

Estatuto

do

Idoso.

pena é severa, de dois a cinco anos de reclusão, pena máxima de uma lesão corporal grave e a mínima de uma lesão corporal gravíssima, maior do que um homicídio culposo simples e próxima a do infanticídio.⁸²⁹

Portanto, flagrante as desproporções, pois o mesmo sistema de crimes ambientais superdimensiona a tutela penal exclusivamente de duas espécies animais e não consegue conferir a devida valia e proteção ao patrimônio cultural, em que pese o comando claro do constituinte determinado que ele seja promovido e protegido e que para tanto sejam empregues instrumentos de natureza criminal. Ou seja, estamos aqui diante de uma situação de hiperproteção de uma categoria e de hipoproteção de outra.

Contudo, a situação que mais nos chama a atenção é o cotejo com os crimes contra o patrimônio. Afinal, o patrimônio cultural é antes de tudo um bem material, porém, ao qual se agrega um outro valor imaterial, em virtude das suas qualidades singulares, que fazem dele um objeto único e não reproduzível. Ainda assim, apesar deste *plus*, os atentados contra o patrimônio cultural recebem uma atenção em

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

⁸²⁹ **Código Penal.**

Homicídio culposo. Art. 121, § 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Infanticídio. Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Lesão corporal de natureza grave. Art. 129, § 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável;

III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Lei 9.503/1997 – CTB. Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

termos sancionatórios muito menor do que aquela dedicada aos crimes meramente patrimoniais.

Infelizmente, apesar de desde já indicada a adequação e necessidade do citado meio, o legislador ordinário não se desincumbiu do seu dever e empregou ferramentas penais rudimentares e não talhadas para a grandiosidade da tarefa paraqual foi instruído, optando por um modelo de sanção passível de despenalização e que não interpretamos como suficiente do ponto de vista da proporcionalidade para a proteção do nosso patrimônio cultural.

Salienta-se que os atentados contra tal bem jurídico podem advir tanto de ação ou omissão, como de dolo e culpa, mas quer nos parecer que nenhum dos atuais tipos penais está devidamente coberto se cotejada o esperado efeito de dissuasão penal e a sua relação com o princípio da proporcionalidade. Lembramos que o art. 59 do Código Penal brasileiro determina que a sanção deve ser necessária e suficiente para a “reprovação e prevenção do crime”. Entretanto, aqui cremos que esta suficiência não é devidamente atendida.

Basta ver que um ato criminal pode advir do descumprimento dos deveres do garante ou mesmo da sua negligência. Neste caso, se o resultado for a perda total do objeto protegido, como a ocorrência de um incêndio culposos e sem risco, mas que leva a um prédio histórico a ruína, a consequência penal será a de uma mera transação, como se a perda perpétua pudesse ser compensada ou mitigada pelo pagamento de uma prestação material, de uma cesta básica, ou de algum serviço em favor da sociedade.

Da mesma forma, se o nosso rico patrimônio cultural edificado, como o caso dos casarios mineiros protegidos por norma federal, e até listados pela Unesco como de interesse da humanidade, forem destruídos por dolo direto ou eventual, o resultado será que talvez nem processo haja. Caso seja impulsionado, pode ser suspenso ou se resultar em condenação, a penalidade máxima, que é de apenas três anos, pode ser suspensa ou substituída por medidas alternativas, e isto se o delito já não tiver sido atingido pelo curso rápido do prazo prescricional.

De onde, patente que além da já indicada desproporção, temos um modelo penal que viola o princípio da proibição da insuficiência e que está em desacordo com o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, já que o patamar penal

dos tipos ora disponíveis são irrazoáveis e anêmicos para solver a tarefa constitucional dirigida à devida e eficaz proteção do patrimônio cultural.

O que pontuamos é que o princípio da proporcionalidade é uma baliza para aferir se a tutela de um bem jurídico está sendo realizada da forma devida e proporcional. Além da sua incidência, é preciso verificar se esta proteção é adequada, necessária e razoável, tanto diante dos direitos de defesa, como dos deveres de proteção, de modo a não violar a dupla face desta proporcionalidade, enquanto proibição de excesso e a vedação da tutela deficiente.

Dentro de uma equação própria do princípio da proporcionalidade e do seu duplo viés, devem também ser verificadas as formas com que outros objetos de valores análogos e até questionadamente inferiores são protegidos pelo sistema. O que irá merecer uma especial comparação dos crimes *contra o patrimônio* em relação às figuras típicas no que diz respeito aos atentados *contra o patrimônio cultural*, ou mesmo deste em relação às demais previsões da *lei dos crimes ambientais*.

Entendemos que tal poderia ser solucionado caso instituído um Estatuto do Patrimônio Cultural, abarcando conceitos, princípios, formas de proteção e promoção e demais institutos em torno deste tema. De modo a fornecer uma tutela ampla e articulada, inicialmente desempenhada por instrumentos de direito civil e administrativo, mas também reforçada pela irrenunciável presença de mecanismos penais, nos quais o bem jurídico coletivo patrimônio cultural não tivesse em nosso ordenamento um nível de proteção tão desarrazoado e tão inferior ao de outras categorias, como o do patrimônio.

4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Ao operarem no resguardo de intromissões estatais nos bens dos cidadãos, os direitos fundamentais assumem a configuração de defesa e de proibição de intervenção. Só que quando determinam ao Estado a proteção dos indivíduos, tais direitos também realizam a função de mandamentos de tutela ou deveres de proteção, os quais devem ser observados para não violar o duplo viés do princípio da proporcionalidade.

Naquela primeira face, os poderes públicos estão vinculados em certa margem que os impede de restringir demasiadamente os direitos fundamentais, por força da proibição do excesso. Já nesta, estão condicionados a um âmbito mínimo de atuação, não podendo permanecer aquém da medida protetiva ordenada pela Constituição, sob pena de desobedecer ao mandamento de tutela e incidir na proibição de insuficiência.⁸³⁰

Assim, figura que o postulado da proibição do excesso não é a única forma pela qual se manifesta o princípio da proporcionalidade. Afinal, também é preciso verificar se o Estado e o seu sistema está conformado de modo a não fornecer uma proibição insuficiente, ou mesmo a ausência de tutela, para os bens jurídicos mais relevantes, em especial aqueles previamente assinalados pelo constituinte como dignos e merecedores da tutela penal.

Mesmo porque a existência de ferramentas de índole criminal é apenas um dos passos em direção a proteção de determinado bem jurídico. Porém, ainda é necessário que tal se realize de forma proporcional e principalmente que seja eficiente. Diante do que, iremos aqui verificar em que medida incide a proibição da proteção deficiente, e de que forma podemos medir e aquilatar a insuficiência do

⁸³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In *Constituição, Direitos Fundamentais [...]*, op. cit., 2006, p. 239-41.

atual sistema de tutela do direito pátrio, em especial, diante da análise comparativa que realizaremos frente a modernos ordenamentos do direito europeu.

4.1 A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA

Além da vedação do excesso, o princípio da proporcionalidade também se releva pela proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) a um direito reconhecido como fundamental, em face do qual milita um dever inarredável de tutela. Logo, de um lado, figura como um direito subjetivo de defesa do cidadão frente ao Estado, e, do outro, o direito fundamental apresenta a sua dimensão objetiva, que como imperativo de tutela exige um atuar positivo do Estado, de caráter protetivo e prestacional.

Dessa forma, em nível de defesa, os direitos fundamentais projetam-se frente ao Estado para que ele se abstenha de intervir, e como, direito de proteção, manifestam-se no sentido de que o poder público zeze e evite a intervenção indevida de terceiros. Trata-se aqui, da materialização da dupla face do princípio da proporcionalidade, que na sua segunda forma determina ao legislador que observe as exigências emanadas da proibição da proteção deficiente, quando configurar os deveres de tutela estatal.⁸³¹

4.1.1 O Dever de Proteção e a Proibição da Insuficiência

Tomando-se em conta a evolução do Estado, o seu poder centralizador e a renúncia ao direito ordinário de autoproteção, a conjugação de tais fatores geraram não apenas um *direito à proteção estatal*, mas o *dever* de que esta seja *efetiva*. Decorrendo daí a responsabilidade deste sobre os meios de tutela, diante das agressões de terceiros e das violações dos direitos fundamentais, independente de serem praticados por poderes públicos e privados.

⁸³¹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 807; ALEXY, op. cit., 2008, p. 456; FELDENS, op. cit., 2005, p. 98-9 e 108; e ALEXY, op. cit., 2008, p. 455.

Nesse percurso, verificou-se que ameaças e ataques aos direitos fundamentais provêm de entes estatais e particulares. De onde, como a liberdade pessoal é indivisível e os focos de perigo e dano são multidimensionais, tais direitos não podem ser tutelados apenas em face das investidas daqueles e negligenciados diante destes. Sendo assim, fazendo com que os órgãos públicos e privados tornem-se os destinatários dos direitos fundamentais, num “prolongamento da lógica própria do Estado de Direito”, por coerência e eficácia, e no qual o sistema de garantias deve operar frente a qualquer poder e sem adjetivos.⁸³²

Aqui, tal concepção encontra justificativa no princípio do Estado de Direito, no qual este possui o monopólio da violência e, salvo nos casos estritamente autorizados, os cidadãos não podem defender-se por suas próprias forças dos ataques dos seus pares. De modo que o poder estatal deve agir, não podendo quedar-se inerte assistindo os direitos fundamentais serem ameaçados ou violados por terceiros.⁸³³ Então, diante do domínio que o Estado detém – no qual a titularidade da força possibilita a existência ordenada da sociedade – surge a correlata obrigação de garantir a proteção dos seus cidadãos contra as agressões alheias. Gerando para o Estado o dever de configurar a sua ordem jurídica para que tal seja efetivado, por via dos instrumentos mais idôneos.⁸³⁴

Conforme lembra Grimm, não é novidade que os bens protegidos pelos direitos fundamentais não são apenas ameaçados pelo Estado, mas também por particulares, fato ao qual aquele deve a sua existência e de onde sempre retirou a legitimidade para salvaguardar os cidadãos de ataques internos ou externos, na sua tarefa de segurança. Porém, a função geral de garantir segurança converteu-se em “obrigação constitucional específica”, pela dinâmica sobre as condições para a manutenção da liberdade, vindo a se questionar se o legislador então forneceu proteção suficiente contra novos riscos.⁸³⁵

⁸³² BILBAO UBILLOS, Juan Maria, “La Eficácia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares”, 1997, p. 250 e ss., *apud* NOVAIS, op. cit., 2007, p. 363; e BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Proibição de discriminação e relações entre particulares. In *A Constitucionalização [...]*, op. cit., 2007, p. 397, como um dos tipos de violação dos direitos fundamentais. Ver também, BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público e lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, 195.

⁸³³ MÜNCH, Ingo von, p. 47, *apud* STEINMETZ, op. cit., 2004, p. 129-30.

⁸³⁴ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 88-9; e MÜNCH, Ingo von, p. 47, *apud* STEINMETZ, op. cit., 2004, p. 129-30.

⁸³⁵ GRIMM, op. cit., p. 157-8.

Assim, os direitos fundamentais aportaram como garantia jurídica eleita por via da evolução do Estado do Direito, “para proteger especialmente a esfera de autonomia e liberdade” do indivíduo, possibilitando-lhe o acesso a bens, posições e situações. Não mais restrito a direitos de defesa, mas contemplando deveres de tutela que não estão “limitados à mera garantia da segurança e assumiram papel de protagonista principal da atual teoria dos direitos fundamentais”, face às necessidades protetivas do presente.⁸³⁶

Então, se sob os auspícios do liberalismo os poderes estatais foram reduzidos de modo a praticarem apenas uma intervenção mínima na sociedade, o surgimento do Estado Democrático de Direito requer nada menos do que isso. Ou seja, uma atuação ao menos básica dos poderes públicos, que não pode ser inferior a um determinado parâmetro mínimo. Devendo conformar, corrigir e atenuar os desequilíbrios da sociedade, em especial no exercício dos deveres prestacionais, nos quais se destaca o direito de proteção eficiente, como forma de tutela dos bens fundamentais.

Por conseguinte, da evolução da dogmática constitucional decorreram avanços quanto à aptidão funcional dos direitos fundamentais, que assumiram a qualidade de “direitos negativos (de resistência contra o Estado) e positivos (de proteção por meio do Estado)”. Expandindo a sua força garantista para além do abstencionismo e exigindo do poder público uma atuação ativa, numa dupla função de respeito e tutela a tais categorias.⁸³⁷

A partir disso, em “resposta às condições modernas de realização efetiva de liberdade constitucional”, o dever de proteção passa a ser visto como a “segunda função básica dos direitos fundamentais”.⁸³⁸ De modo a requerer “uma atuação positiva dos poderes públicos orientados pelos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais” – mas sem ignorar a face subjetiva –, numa “exigência genérica de fomento da liberdade.”⁸³⁹

⁸³⁶ NOVAIS, op. cit., 2007, p. 365-8.

⁸³⁷ FELDENS, op. cit., 2008, p. 58-9, sobre as perspectivas negativa e positiva dos direitos fundamentais. Na mesma linha PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, nº 82, p. 43, abr./jun. 1987.

⁸³⁸ GRIMM, op. cit., p. 159 e 164.

⁸³⁹ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 74-5.

Aqui, além das obrigações negativas de abstenção – nas quais operam como direitos de defesa em face do Estado –, os direitos fundamentais reclamam prestações positivas deste mesmo, para a sua devida proteção de ataques deterceiros. A partir do que, supera-se a posição clássica na qual o Estado era visto como o único “inimigo” dos direitos fundamentais, para ele se tornar aqui um instrumento da sua realização.⁸⁴⁰

Contudo, registre-se que os deveres de proteção distinguem-se essencialmente dos direitos de defesa, na medida em que estes, pelo seu fim e conteúdo, cobram um certo comportamento do Estado. O que naqueles é, a princípio, indeterminado e resulta do âmbito de conformação que os órgãos públicos podem no caso dispor. Porém, ocorre que em termos de omissões não se pode impor ao Estado, em tese, o mesmo ônus de fundamentação e legitimação das atuações interventivas. Pois enquanto aqui ele se encontra obrigado a não adotar uma determinada medida, para satisfazer o seu dever de proteção ele poderá dispor, a princípio, de vários meios com eficácia.

Em decorrência, cumpre ao Estado o poder e o dever de “imprimir a máxima eficácia e efetividade” às normas de direitos fundamentais, alcançando o nível mais adequado possível às circunstâncias específicas. Ante as quais deverá valer-se dos critérios da proporcionalidade na sua dupla vertente, realizando a devida ponderação quando diante de conflitos, de modo a preservar o núcleo essencial de tais direitos.⁸⁴¹

A decisão paradigmática que originou tais fundamentos ocorreu em 1958, no Caso Lüth,⁸⁴² onde após promover um boicote público contra determinado filme, o que originou uma ação judicial exitosa da parte de companhias de cinema para impedir que tal chamado ao boicote se repetisse, Erich Lüth ajuizou recurso na Corte Constitucional e invocou o seu direito à liberdade de expressão garantido na Constituição alemã.⁸⁴³

⁸⁴⁰ FELDENS, op. cit., 2008, p. 59-61, anotando que o Estado passa a maximizar a realização destes. ⁸⁴¹

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, p. 65 e 92; e SARLET, op. cit., 2007, p. 345-7.

⁸⁴² BVerfGE 7, 198. Lüth, então diretor do clube de imprensa de Hamburgo, preocupado com a imagem alemã, incitou os donos de cinema a não exibirem e a população a não assistir a um filme do diretor Veit Harlan, que dirigiu obras antisemitas durante o nazismo. Cfe. SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 381-4.

⁸⁴³ GRIMM, op. cit., p. 155, citando ainda o engajamento de Lüth na reconciliação entre alemães e judeus.

No julgamento, o Tribunal Constitucional da Alemanha afirmou que “os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também expressões de valores objetivos”. Cujas “influência não é limitada às esferas do direito público, estendendo-se a todos os ramos do direito”, inclusive o privado, para cuja interpretação e aplicação os direitos fundamentais devem ser considerados.⁸⁴⁴

Em decorrência, “e com nítido apelo à proporcionalidade”, a Corte Constitucional concluiu que a decisão do tribunal de origem violou o direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão.⁸⁴⁵ Tendo aquela Corte, a partir daí, demonstrado “que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical”, não sendo “apenas direitos subjetivos do indivíduo” face ao Estado, “mas também princípios ou valores objetivos”.⁸⁴⁶

Nesta decisão, pela primeira vez, os direitos fundamentais foram apresentados ao mesmo tempo “como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado”, e como ordem axiológica objetiva. Sendo lançadas as bases dogmáticas das figuras da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, do “efeito limitador” de tais direitos em face dos seus limites e da exigência de “ponderação no caso concreto”.⁸⁴⁷

Conforme as razões postas na decisão BVerfGE 7, 198, os direitos fundamentais existem primeiramente “para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público”, como direitos de resistência do cidadão diante deste. Mas também, estão inseridos num “ordenamento axiológico objetivo”, o qual incrementa a força jurídica dos direitos fundamentais, num sistema de valores que tem como centro a personalidade humana e sua dignidade, a se desenvolver livremente na sociedade e ter valia “enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito”.⁸⁴⁸

Desta maneira, os direitos fundamentais transmitem impulsos e diretrizes para todos os órgãos estatais e as esferas de direito, inclusive as privadas, de modo que nenhuma norma pode contradizer tal ordem de valores, deve ser interpretada de

⁸⁴⁴ GRIMM, op. cit., p. 155.

⁸⁴⁵ FELDENS, op. cit., 2008, p. 62.

⁸⁴⁶ GRIMM, op. cit., p. 156 e 159.

⁸⁴⁷ SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 381-2.

⁸⁴⁸ BVerfGE 7, 198, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 387-8.

acordo com seu espírito e precisa estar em conformidade com este sistema axiológico. O que se aplica às normas penais, na medida em que não podem submeter o indivíduo a uma restrição excessiva, ao mesmo tempo em que não podem deixar os seus bens jurídicos fundamentais desprovidos de uma proteção eficiente, o que violaria a proporcionalidade.

Contudo, importa observar que embora decorra do dever de proteção, a proibição da insuficiência com ele não se confunde e possui uma função autônoma. Tendo em vista que primeiramente deve ser verificado “se” existe o imperativo de tutela e, após, “como” tal incumbência deve ser adimplida sem ficar aquém do mínimo de proteção exigida constitucionalmente – ou seja, possui a necessidade de ser eficaz.⁸⁴⁹

Assim, a necessidade de eficácia constitui um “segundo liminar argumentativo”, no qual se verifica se o direito ordinário satisfaz suficientemente o dever de proteção reconhecido, de modo apropriado e proporcional. De onde, por ser a eficiência um critério graduável, estabelecer-se-á uma nova ponderação com os interesses e bens jurídicos contrapostos, atento ao caso e ao princípio da proibição da proteção deficiente.⁸⁵⁰

Portanto, a proibição da infraproteção está diretamente ligada – numa relação complementar –, à própria função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, em especial naquilo que estes demandam uma atuação ativa do Estado para o seu integral desenvolvimento e manutenção. Operando como “ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade”, com gabarito constitucional dotada de capacidade e disposição para efetuar o controle da constitucionalidade de certos atos legislativos.⁸⁵¹

Por sua vez, a conexão entre os deveres de proteção, proporcionalidade, proibição da proteção deficiente e o manejo dos instrumentos de direito penal foram lançados nas duas decisões do Tribunal Constitucional Alemão no tocante ao aborto. No primeiro julgamento, o citado órgão argumentou que o dever do “Estado de fornecer proteção é abrangente”, proíbe “não apenas ataques estatais diretos à vida em desenvolvimento”, mas “também exige que o Estado assuma posição ativa

⁸⁴⁹ CANARIS, op. cit., 2003, p. 122-3, explicando que a eficácia integra o “conteúdo do dever de proteção”.

⁸⁵⁰ CANARIS, op. cit., 2003, p. 122-4. Ver também FELDENS, op. cit., 2008, p. 92.

⁸⁵¹ FELDENS, op. cit., 2008, p. 91-2.

na promoção dessa vida”, devendo, “acima de tudo, preservá-la contra ataques ilegais de terceiros”.⁸⁵²

Já a chamada proibição da insuficiência teve o seu caráter reconhecido pela mesma Corte Constitucional na segunda decisão sobre aborto, afirmando, em síntese, que o Estado é obrigado a adotar medidas “suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha” uma proteção “*adequada* e, enquanto tal, *eficaz*”. Aqui, embora a forma com que tal tutela será exercida seja, a princípio, tarefa do legislador, ele é obrigado a “*observar a proibição da proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional por força de mandado constitucional*”,⁸⁵³ gerador de tal ônus.⁸⁵⁴

4.1.2 A Vedação da Tutela Deficiente

Na medida em que a citada proteção figura como uma obrigatoriedade por parte do Estado e que em determinadas situações está ele vinculado ao uso do Direito Penal, quando tal dever não é cumprido estaremos diante de uma inobservância dos comandos constitucionais por força da cláusula de proibição da proteção deficiente, uma das faces do princípio da proporcionalidade aqui caracterizado pela tutela inapta.

Em tais circunstâncias, a proteção deficiente decorrerá da forma que o princípio da proporcionalidade assume quando aplicado aos direitos fundamentais de proteção. Podendo, de acordo com Pulido, a proibição da tutela insuficiente ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, em cuja aplicação pode ser determinada se uma conduta estatal vulnera um direito

⁸⁵² BVerfGE 39, 1 (42), 25/02/1975, *apud* GRIMM, op. cit., p. 149. A conclusão sobre a conexão é nossa.

⁸⁵³ BVerfGE 88, 203 (254), 28/05/1993, *apud* FELDENS, 2005, op. cit., p. 108 (grifos no original).

⁸⁵⁴ No Brasil, uma das mais importantes decisões ocorreu no STF, Recurso Extraordinário nº 418376, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 09/02/2006, na qual se pronunciou o Min. Gilmar Mendes que: “A proibição da proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.” Assim, equiparar a união estável ao “casamento, para fins de extinção da punibilidade” do art. 107, VII, do Código Penal, “não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção deficiente. Isso porque todos os Poderes do Estado, dentro dos quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas”. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acessado em: 11 fev. 2021.

fundamental de proteção,⁸⁵⁵ pelo seu atuar defeituoso ou mesmo por uma omissão indevida.

Conforme Canotilho, os desequilíbrios podem ocorrer tanto por cargas coativas excessivas como por deficiências no âmbito de proteção devida. Este quadro é por ele denominado como “defeito de proteção”, o qual incide quando os órgãos responsáveis por um dever de tutela acabam por adotar medidas insuficientes para garantir uma proteção que é constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. Acrescenta o autor, que a “verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais” em situações onde o Estado está obrigado a adotar medidas suficientes e condizentes à proteção adequada e eficaz de tais direitos, o que será analisado conforme a qualidade do objeto e o nível de tutela mínima requerida.⁸⁵⁶

Conforme visto, o Estado possui o dever de criar as condições necessárias para a realização dos direitos fundamentais e de os protegerem contra ameaças alheias, o que deverá realizar por medidas de tutela suficiente, para não violar o princípio da proibição da proteção deficiente. Aqui, tal ônus não se resume só a um limite mínimo e nem gera a obrigação de atingir um patamar máximo, uma vez que, pelos direitos de defesa e pela proibição de excesso, ao poder público também incumbe o dever de abstenção de intervenções indevidas na esfera de seus cidadãos. De modo a respeitar e não atingir outros direitos, liberdades e valores relevantes, além da própria liberdade de conformação do legislador, que pode e deve graduar proporcionalmente a proteção, conforme os bens em conflito, a gravidade da ameaça e as circunstâncias específicas.

Diante dos deveres de proteção que incumbem ao Estado, o legislador está vinculado à tutela dos direitos fundamentais, não podendo atentar contra eles, seja por meio de leis que conflitem de modo direto, ou ainda por disposições que não os protejam de forma adequada ou mesmo sejam omissas neste ponto; fatores que

⁸⁵⁵ BERNAL PULIDO, op. cit., El principio [...], 3ª ed., 2007, p. 807. No mesmo sentido, STRECK, Lênio Luiz, op. cit., Da proibição [...], 2004, nº 2, p. 250.

⁸⁵⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 273. Ver também CANARIS, op. cit., 2003, p. 66 e 114; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In *Constituição, Direitos Fundamentais [...]*, op. cit., 2006, p. 281-2.

podem ensejar a devida intervenção judicial no controle de constitucionalidade de normas.

Para não violar a proibição da insuficiência e atender o imperativo de tutela, o que se exige do poder público é, a princípio, uma proteção que seja no mínimo eficaz. Mas daí, não resulta uma exigência protetiva de todo abrangente, pois além de não ser faticamente possível, levaria os cidadãos a uma insustentável colocação de permanente tutela estatal, com a consequente e insuportável intervenção nos direitos fundamentais de outros indivíduos, o que cindiria a proporcionalidade na sua proibição do excesso.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade como ferramenta de apoio dos direitos fundamentais não se configura apenas como limite substancial ao exercício dos poderes públicos. Mas também tem de operar como exigência de intervenções estatais, as quais em nosso ordenamento estão a serviço de tais valores, quando adequado e necessário, para que daí não derivem situações de insuficiências prejudiciais a tais direitos.⁸⁵⁷

Em consequência, a liberdade de conformação do legislador resulta conectada a um limite mínimo que deve ser observado, propiciando as devidas prestações normativas e fáticas para a proteção do indivíduo em face das ameaças dos ataques de terceiros, bem como para a garantia do efetivo exercício dos direitos fundamentais. De modo que a proibição da proteção deficiente revela-se “tão importante no desenvolvimento das funções objetivas dos direitos fundamentais”, quanto o elevado valor que a proibição do excesso assume diante das “funções clássicas de defesa, enquanto limite superior da discricionariedade legislativa de conformação”.⁸⁵⁸

Diante disso, a realização eficiente dos direitos fundamentais também requer o manejo do princípio da proporcionalidade na sua dupla perspectiva. De onde, para o devido cumprimento dos seus imperativos de tutela resta legitimada inclusive certas restrições a direitos individuais, que os limitem em favor da própria liberdade de outros indivíduos e de outros bens constitucionais relevantes, sem prejuízo da

⁸⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 91, nº 800, p. 76-7, junho 2002; e SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In *A Nova Interpretação [...]*, op. cit., p. 237-9.

⁸⁵⁸ JARASS, Hans, 1984, p. 228, *apud* NOVAIS, 2003, op. cit., p. 77.

adoção de medidas penais que se façam cabíveis para o fiel adimplemento dessa função.

Afinal, da mesma forma que “a defesa contra a ação estatal não é um fim em si mesmo, mas um meio de assegurar liberdade e autonomia”, esse instrumento isolado “não é apto para cumprir inteiramente seu fim”. Pois como as liberdades também são ameaçadas e atacadas por entes privados, “torna-se necessário um meio adicional”, de onde provém o dever constitucional de proteção e a proibição da sua insuficiência.⁸⁵⁹

Na espécie, o mandamento que impede a proteção deficiente de determinados valores decorre do imperativo de tutela emanado do constituinte em favor dos direitos fundamentais, demandando um atuar positivo do Estado para o desenvolvimento e a eficaz proteção destes. Por via do qual se busca apontar um padrão mínimo de garantia tutelar em áreas nas quais não pode ocorrer a renúncia estatal, inclusive no que diz respeito ao emprego dos instrumentos penais em situações específicas.

Portanto, para que o titular de uma garantia fundamental possa exercer de forma compatível seu direito, além de se abster de intromissões indevidas e excessivas – limites máximos de ação –, o Estado ainda deve disponibilizar meios suficientemente aptos para a fruição dos valores constitucionais – padrões mínimos de tutela. Diante do que, a violação de tais margens de atuação importará manifesta desproporcionalidade, naquele caso por excesso da medida e neste por deficiência no dever de proteção.⁸⁶⁰

Aqui, a frustração dos ônus estatais protetivos pode ocorrer tanto pela omissão, como por um atuar que fique aquém dos níveis básicos constitucionalmente exigidos. Circunstâncias que irão gerar a incidência da chamada “*Untermassverbot*”, pelo descumprimento do grau mínimo de tutela prestacional determinado pela Lei Suprema em favor dos direitos de caráter fundamental, os quais devem receber do Estado a atenção normativa que lhes garanta um suficiente e eficaz desenvolvimento prático.

Assim, a necessidade de proteção genérica assume uma dupla dimensão em favor dos direitos e liberdades que porventura sejam atacados pela força indevida do

⁸⁵⁹ GRIMM, op. cit., p. 159.

⁸⁶⁰ FELDENS, op. cit., 2005, p. 109-10 e 73-6.

Estado, ou por parte de particulares e outros organismos. De modo que os indivíduos devem ter ao seu dispor ferramentas aptas que lhes possibilitem a fruição das suas garantias constitucionais, que devem ser preservadas dos excessos e das deficiências.

Outrossim, é preciso observar que o dever de proteção não surge por si só da mera existência de um obstáculo ao exercício de um direito fundamental e que o meio penal não é a única forma para a sua resolução. Podendo o eventual obstáculo ser removido pelo acionamento da administração ou da justiça, ou mesmo pela retorção devida do titular do direito invadido, ou ainda pela tolerância da parte tida por afetada.⁸⁶¹

Igualmente, para determinar a incidência de um dever de proteção, cumpre primeiramente verificar se o direito fundamental contém um imperativo de tutela contra uma particular ofensa. E, caso afirmativo, como se deverá configurar tal proteção, ou seja, se por instrumentos de índole penal, civil, social ou outros. Nesse percurso, para se reconhecer um dever de tutela, o qual pressupõe uma fundamentação específica, a condição inicial é a “aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental”.⁸⁶² Onde é investigado se existe uma barreira que atinja efetivamente tal direito no seu âmbito de tutela, ou se a colisão é aparente e ambos os direitos devem coexistir.

Caso afirmativa tal questão, será verificada a necessidade de proteção e os seus indicadores, com o objetivo de tutelar os bens jurídicos fundamentais perante intervenções fáticas de terceiros, com o fito de “assegurar a sua efetiva capacidade funcional”. Aqui, será analisada a ilicitude da intervenção, o grau de ameaça aos bens protegidos e o patamar de dependência do titular de tal direito perante a conduta alheia que lhe é ofensiva.⁸⁶³

De qualquer forma, tal tipo de socorro em favor dos direitos do indivíduo só lhe é dirigido quando ele esteja sendo alvo de uma agressão ilícita. Não podendo este móvel ser empregado para justificar condutas danosas sob o pálio do exercício de liberdades que sejam abusivas, na medida em que o ordenamento confere tal

⁸⁶¹ FELDENS, op. cit., 2008, p. 77.

⁸⁶² CANARIS, op. cit., 2003, p. 102-4. Ver também SARLET, op. cit., *Direitos fundamentais e proporcionalidade* [...], 2008, p. 224-32.

⁸⁶³ CANARIS, op. cit., 2003, p. 109-11, onde tal ameaça pode ser considerada como um perigo ou ataque.

proteção justamente como meio de prevenção e defesa da violação ilegal de bens jurídicos e valores.⁸⁶⁴

Por fim, deverá ser analisado o funcionamento conjunto e móvel dos diversos critérios, junto com outros fatores valorativos, com a devida graduação e ponderação “da natureza e da hierarquia do direito fundamental atingido, do peso da intervenção e da intensidade da ameaça, da possibilidade do titular de exercer uma eficiente autodefesa, bem como do peso de interesses e direitos fundamentais contrapostos.” A partir disso, conclui Canaris que, quanto mais elevado “o nível do direito fundamental afetado”, mais “severa a intervenção que se ameaça” e “mais intenso o perigo”, ao mesmo tempo em que “quanto menores as possibilidades” do titular “para uma eficiente autoproteção” e “menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico- constitucional de proteção.”⁸⁶⁵

Dessa forma, após firmado o imperativo de tutela, ainda resta verificar se a “*proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados*”. O que tornará necessário também aferir o grau de eficiência em cada um dos problemas especificamente considerados, já que a eficácia é um critério graduável que exigirá nova ponderação no caso concreto.⁸⁶⁶

Contudo, nas situações em que não existe prévia determinação na Lei Superior, os imperativos de tutela serão integrados pelo direito ordinário, a quem de regra cabe a “tarefa de disponibilizar os instrumentos de proteção, que vão desde o direito penal” e passam pelos demais ramos do direito, os quais “*na sua globalidade e no seu funcionamento conjunto* devem assegurar uma eficiente proteção dos direitos fundamentais.”⁸⁶⁷

Nessas hipóteses, a princípio, dispõe o legislador de amplas possibilidades de configuração do direito infraconstitucional, inclusive alterando o padrão de tutela já existente. Mas sem que com isso possa “descer aquém do nível mínimo de proteção

⁸⁶⁴ FELDENS, op. cit., 2005, p. 102-3, explicando que mesmo a legítima defesa deve ser proporcional.

⁸⁶⁵ CANARIS, op. cit., 2003, p. 112-4.

⁸⁶⁶ CANARIS, op. cit., 2003, p. 123-4 (grifos no original), explicando que tal ponderação realiza-se com os ditos interesses e bens contrapostos, pois estes não desempenham função essencial só no fundamento do dever de proteção, mas também na sua realização pelo direito ordinário e numa sintonia conjunta.

⁸⁶⁷ CANARIS, op. cit., 2003, p. 115-8 (grifos no original).

constitucional imposto”, de modo a não ofender a proibição da insuficiência, o que, *v.g.*, ocorreria na supressão de um dado meio de tutela, sem deixar qualquer alternativa.⁸⁶⁸

Aqui, parte-se das situações nas quais a Carta Magna impõe, ainda que indiretamente, a proteção, mas não a forma específica com que tal será realizado. Diante do que, ao legislador cabe um espaço de conformação cuja amplitude é delimitada pela proibição de excesso e de insuficiência, e que só em situações excepcionais é reduzido, quando o conteúdo protetivo estiver inteiramente determinado pela Constituição.⁸⁶⁹

Então, apesar do imperativo de tutela poder ser cumprido por meio de medidas de natureza variável, o dever protetivo só será adimplido quando a proteção for eficaz, revestindo-se de suficiência para propiciar uma tutela idônea e exigível. Assim, o controle jurisdicional da constitucionalidade deverá incidir quando os meios adotados ocasionarem uma retirada injustificável da proteção normativa que se apresenta como “inequivocamente *necessária* ao *adequado* e *eficaz* desenvolvimento e desfrute do direito fundamental”,⁸⁷⁰ ou mesmo em situações quando ocorrer omissão na tutela exigível e possível de tais direitos.

Na espécie, o que se veda é a ausência total ou a presença de mecanismos que não possuam um grau mínimo de eficácia na proteção de um direito fundamental, o que autoriza o controle judicial dos meios que não cumpram com esta tarefa básica. Mas não se estende à criação e à pesquisa de outros meios não suscitados, função que cabe ao legislador na escolha do que seja o mais apto para satisfazer ao direito fundamental.

Ou seja, embora a princípio o legislador seja livre nas suas escolhas para adimplir o dever estatal de proteção, o método eleito deve ser adequado para atingir o propósito da devida tutela dos direitos fundamentais. O que se constitui numa obrigação e não numa opção disponível para o legislador, por força da exigência constitucional de proteção dos direitos fundamentais, a ser exercida por mecanismos que assegurem aos seus titulares a tutela eficaz de tais direitos garantidos pela Carta Magna.

⁸⁶⁸ CANARIS, op. cit., 2003, p. 118.

⁸⁶⁹ CANARIS, op. cit., 2003, p. 122-5.

⁸⁷⁰ FELDENS, op. cit., 2008, p. 90-1 (grifos no original).

Então, nas situações previamente determinadas e na medida em que está jungido a exigências mínimas, a inobservância do dever protetivo que viole o princípio da proibição da proteção deficiente sujeita a postura legislativa ao devido controle judicial-constitucional. E que aqui incidirá na sua tarefa de fiscalização, interpretação e desenvolvimento integrador do direito evitando intervenções excessivas ou inaptas.⁸⁷¹

Afinal, se a Constituição estabelece determinado ônus, aqui o legislador não é livre para escolher entre cumprir esse dever ou não. Diante do que, não poderá “permanecer inativo em face de um perigo manifesto para um direito fundamental” e nem deterá o “poder de preterir grosseiramente um interesse constitucional protegido em favor do outro”,⁸⁷² estando obrigado a adimplir com eficácia os deveres de proteção.

Assim, quando o Estado não protege os direitos fundamentais com eficiência, também viola o princípio da proporcionalidade e incide em inconstitucionalidade. Dessa forma, a criminalização de uma conduta será necessária quando ela for ofensiva a um bem jurídico, em condições nas quais este requer uma atuação positiva que lhe confira a devida proteção penal, e nas situações em que tal já esteja determinada pela Carta Magna, não dispondo o legislador de liberdade para optar sobre a edição da norma.

Portanto, a proibição da insuficiência objetiva repelir e suprir a demanda de instrumentos eficazes ao cumprimento dos imperativos de tutela, com o fito de evitar defeitos e entraves à correta fruição dos direitos fundamentais. De onde, o legislador resta conectado por um vínculo constitucional que lhe determina a adoção de medidas que sejam adequadas para assegurar um padrão mínimo de eficiência a tais direitos.

Sendo assim, caso o poder público não adote “quaisquer medidas preventivas de proteção”, ou quando tais forem “inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”,⁸⁷³

descumprirá a cláusula da *Untermassverboten* pela inobservância de um dever de tutela gerador de uma lesão a direito fundamental. Afinal, é a própria Constituição que veda “que se desça abaixo

⁸⁷¹ CANARIS, op. cit., 2003, p. 66-7; HESSE, op. cit., p. 279-80,

⁸⁷² GRIMM, op. cit., p. 159-64, explicando que o poder que o Legislativo perde é o de ficar inativo.

⁸⁷³ BVerfGE 77, 170, aqui se discutia o direito à vida e à integridade física, *apud* SCHWABE, op. cit., p. 308.

de um certo *mínimo* de proteção”, o que conjugado com a função de imperativo de tutela redundará na proibição de insuficiência, fazendo com que, nos limites da sua margem de conformação, esteja vedado ao legislador não atender ao “mínimo de proteção jurídico-*constitucional* imposto”, circunstância que autoriza o questionamento judicial desta deficiência.⁸⁷⁴

4.2 O ESPAÇO DO LEGISLADOR E O CONTROLE JURISDICIONAL

Dentre os poderes públicos, incumbe ao Legislativo a obrigação primeira de concretizar o alcance dos direitos fundamentais, com a regulação do seu conteúdo e as condições para o seu exercício, tendo a lei como o instrumento mais apto e seguro para esta função. Mas o legislador está sujeito a limites mínimos e máximos, entre os quais deve operar com equilíbrio e atingir uma razoável acomodação dos direitos e valores em conflito, no seu âmbito completo, sob pena de revisão em sede jurisdicional.

4.2.1 O Âmbito de Conformação Legislativa

No cumprimento dos deveres de proteção, incumbe ao legislador decidir sobre a forma, a medida e as condições com que tal será exercido. Porém, a sua liberdade de conformação encontra limites que não estão apenas no patamar do excesso, mas na exigência de que um padrão mínimo seja respeitado para assegurar a eficácia de tais deveres e da sua representatividade frente aos direitos fundamentais e prestações.

Na espécie, quanto maior for a necessidade e determinação constitucional para se prover as condições fáticas ao exercício dos direitos fundamentais, tanto menor será o lastro das concepções próprias do legislador. O que por via reflexa aumenta o poder jurisdicional na apreciação e no controle da correção dos meios

⁸⁷⁴ CANARIS, op. cit., 2003, p. 59-60 e 74 (grifado), que batizou tal princípio de “proibição de insuficiência”.

protetivos eleitos, sujeitos ao duplo viés da proporcionalidade, entre a proibição de excesso e deficiência.⁸⁷⁵

O poder discricionário do legislador está condicionado à sua vinculação aos direitos fundamentais de acordo com a graduação concedida pelo constituinte. De modo que a sua liberdade é mais ampla no caso dos direitos com reservas legais simples, de menor amplitude nos direitos com reservas qualificadas e muito restrita para os direitos fundamentais sem reservas. O que irá interferir no controle do respeito ao princípio da proporcionalidade, como limites do poder de legislar e do questionamento judicial.⁸⁷⁶

Então, na medida em que é ônus estatal “proteger os bens de liberdade contra as ameaças” alheias, cabe ao legislador a responsabilidade primária no cumprimento dos deveres de proteção, conformando “a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos”, ponderando valores e possibilitando o desfrute adequado dos direitos fundamentais, no que dispõe, em regra, de uma margem de livre apreciação.⁸⁷⁷

No entender de Novais, salvo nos casos em que a própria Constituição ou lei preveem a obrigação do Estado de desenvolver um determinado ou determinável ato de prevenção, proteção ou ajuda, ou ainda quando a omissão ou o atuar deficiente estatal dão azo à violação de um padrão mínimo de tutela, consistente na “Untermassverbot”, a escolha do “se”, “como” e “quando” uma atuação será exercida, incumbe ao legislador.⁸⁷⁸

Igualmente, saber por qual tipo de normas a proteção será operada, ou se as de Direito Penal figuram como as ideais ou como único meio efetivo, indispensável e proporcional, dependerá da avaliação conjunta da importância constitucional do objeto de tutela, do grau de probabilidade ou da iminência do ataque, da gravidade da ameaça e das restrições que o meio protetivo irá gerar aos bens afetados.

⁸⁷⁵, 1990, p. 8 e ss., *apud* NOVAIS, op. cit., 2003, p. 76, invocando as lições de, Ernest-Wolfgang Böckenförde; SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In *A Constitucionalização do Direito*, op. cit., 2007, p. 334, trazendo a colação o escólio de Rudiger Breuer; e BILBAO UBILLOS, op. cit., 2006, p. 311-2..

⁸⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 163-5, ao comentarem direitos fundamentais, limites e colisões.

⁸⁷⁷ NOVAIS, op. cit., 2007, p. 358-9 e 381-3.

⁸⁷⁸ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 89-91.

Tarefas essas que requerem análise, ponderações e juízos de prognose os quais cabem ao legislador.⁸⁷⁹

Assim, como no quadro jurídico-constitucional apresentado ao legislador estão prescritas proibições, obrigações e permissões, quando lhe é imposto um ônus de proteção ele deve atingir tal objetivo com a máxima eficácia, a partir dos meios que lhe estão disponíveis, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas daquelas circunstâncias.

Contudo, o problema surge quando os meios empregáveis atuam sobre outros bens negativamente ou quando é incerto em que medida fomentam ou prejudicam os valores em causa. Para tanto, entre as metodologias à disposição, é fundamental usar da ponderação seguindo os seus três níveis, nos quais, primeiro, determina-se o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio (v.g. intensidade da intervenção nos direitos de defesa), após se demonstra o relevo da realização do princípio oposto e, por fim, comprova-se se a relevância de realizar este, justifica o prejuízo daquele colidente.⁸⁸⁰

Afinal, a vinculação legislativa é essencial tanto a título de defesa e tutela como para a concretização dos direitos fundamentais em inúmeras hipóteses. Noque se deve estar atento ao estabelecido na Constituição, às reservas e aos limites, à proteção do núcleo essencial e ao princípio da proporcionalidade nas suas duas vertentes. De onde, além de respeitar tais direitos sob o prisma defensivo quando da normatização, ainda está o legislador compelido a editar normas que assegurem uma proteção eficiente.⁸⁸¹

Neste lastro, quando o Legislativo mantiver-se aquém de tal fronteira, cabe ao Judiciário examinar a incidência de omissão ou de deficiência no atendimento de um patamar mínimo de tutela, na medida em que incumbe a ele o “poder-dever de controle da legitimidade constitucional da legislação”. No que, além da interpretação

⁸⁷⁹ NOVAIS, op. cit., 2003, p. 90.

⁸⁸⁰ ALEXY, op. cit., *Direito constitucional* [...], 2002 p. 39-43; e ALEXY, op. cit., *Teoria*, 2002, p. 86. Pois, como *mandados de otimização*, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível.

⁸⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, nº 27, p. 35-6, abr./jun. 1999. Ver MENDES, op. cit., 2007, p. 481-2.

conforme a Constituição, também está vinculado ao cumprimento dos deveres de proteção estatal.⁸⁸²

Em decorrência, quando “a intervenção legislativa apresenta-se parcial e descontínua”, não desempenhando as suas “funções com a eficácia necessária”, o mister da jurisdição cresce de importância. Não se limitando a evitar erros ou a um mero atuar em face das imperfeições dos demais entes, mas abrangendo também aspectos de garantia voltados ao cumprimento das obrigações de tais órgãos.⁸⁸³ Podendo examinar fatos, prognoses legislativas e aferir, em termos gerais, a legalidade da norma à luz dos princípios constitucionais, mediante técnicas racionais adequadas ao caso.

Afinal, o respeito aos direitos fundamentais exige tanto a edição de normas que assegurem um nível adequado de tutela – sem excessos e nem deficiências –, como providências concretas de resguardo e restabelecimento da legalidade no caso de sua violação. Tal compromisso envolve todas as esferas do Estado, inclusive o Judiciário ante as falhas que requerem uma atuação mais ativa, em especial quando as deficiências legislativas não propiciam a devida proteção de tais direitos.

Dessa forma, como a legislação não pode prever todas as situações, cabe ao Judiciário, como o último escalão na corrente de operadores do Direito, resolver tais conflitos a partir da análise constitucional, da proporcionalidade e da ponderação. Porém, o espaço jurisdicional também está estreitado por certos parâmetros, nos quais não pode o juiz converter-se no suserano dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que não lhe pode ser subtraída a sua função de interpretar e concretizar tais direitos.

Assim, como o dever constitucional de promoção da efetividade dos direitos fundamentais estende-se a todos os órgãos estatais, tal é realizado pelo Legislativo na fase de configurar as normas, e também pelo Judiciário quando da análise dos valores e interesses que são submetidos à sua apreciação, cabendo a este verificar se a “composição feita pelo legislador é constitucionalmente adequada”. No que poderá intervir “sempre que a proteção dos direitos fundamentais o exija” e o

⁸⁸² SARLET, op. cit., 2007, p. 335 e 341.

⁸⁸³ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário e o mundo contemporâneo. In *Constituição, Jurisdição e Processo*, Org.: MOLINARO, Carlos Alberto et al., Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 302-3 e 314.

Legislativo não tenha cumprido devidamente com tal dever, ocasionando uma “desproteção intolerável do direito fundamental em questão”, seja por omissão ou por deficiência da norma.⁸⁸⁴

4.2.2 O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade

Caso violado os preceitos constitucionais e a proporcionalidade na sua dupla estrutura, cabe ao órgão jurisdicional realizar o controle da medida legislativa, visando à realização máxima dos direitos fundamentais com a mínima restrição possível. Diante disso, não estará agindo contra a vontade popular, mas, sim, contra o equívoco dos seus representantes políticos, não usurpando tais funções confiadas com soberania, mas apenas exercendo as competências que lhe foram conferidas pela Constituição.

Ocorre que, como o Estado de Direito está vinculado aos deveres de proteção e à proibição da insuficiência, a inobservância da tutela mínima exigida pela Constituição, seja por omissão legislativa ou por norma que não proteja de forma adequada e eficaz o direito fundamental, darão azo a uma situação de inconstitucionalidade, a ser verificada no âmbito de exercício do competente órgão judicial e com os efeitos daí decorrentes.

De acordo com Mendes o Tribunal Constitucional alemão não se tem limitado apenas a declarar a constitucionalidade ou não de uma lei, utilizando várias técnicas de decisão e por vezes vindo a “compensar eventuais debilidades no processo legislativo”. Entre tais situações, destaca-se o “inadimplemento do dever constitucional de legislar” no tocante ao cumprimento dos deveres de proteção, o que obriga o Estado a atuar na defesa e na tutela de certos bens e valores, impondo-se ao legislador o ônus de corrigir os efeitos danosos aos direitos fundamentais, diante de norma deficiente ou omissa.⁸⁸⁵

⁸⁸⁴ NOVAIS, op. cit., 2007, p. 358-9 e 381-3. Ver a decisão BVerGE 77, 377, firmando que “ao Tribunal foi atribuída à proteção dos direitos fundamentais em face do legislador”, *apud* SCHWABE, op. cit., p. 612; e também BILBAO UBILLOS, op. cit., 2006, p. 312-5.

⁸⁸⁵ MENDES, op. cit., 2007, p. 396-413; e KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão dos poderes”, Trad. Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlimm, *Revista de Direito Público*, v.22, nº 92, p. 17-33, out.-dez.1989. Ver também ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado

Contudo, os efeitos do reconhecimento de tais situações diferem conforme o sistema de cada país. No nosso, a regra é que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão importa o reconhecimento judicial da inércia do Poder Público, conferindo ao Supremo Tribunal Federal, apenas, “o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.”⁸⁸⁶

Aqui, apesar da extensão de tais efeitos, a citada decisão bem demonstra o descumprimento dos deveres prestacionais por atuação deficiente ou por omissão, ao reconhecer a “insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário”. Ainda, qualifica tal postura como grave, por ela desrespeitar a Constituição, ofender direitos e impedir a aplicação de valores fundamentais, de tal maneira que ela deve ser repelida.⁸⁸⁷

Assim, colhe-se de tais preceitos a sua plena aplicabilidade aos deveres de proteção e à proibição da insuficiência, bem como o nível de alcance do nosso sistema jurisdicional, em procedimentos nos quais realiza o controle da constitucionalidade. Ao interpretar, ponderar e delimitar o âmbito de aplicação de determinada norma, a corte constitucional não poderia criá-la propriamente, mas apenas declarar a sua inconstitucionalidade, ou determinar que o legislador cumpra com as suas obrigações, ou, quando muito, integrá-la ao caso, sem ofender à legalidade e aos demais princípios.

Contudo, é interessante pontuar que tal regramento recebeu uma recente exceção.⁸⁸⁸ Por conta do mandado constitucional do art. 5º, XLI, da CF-BR, de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, os quais ainda não foram implementados para fins de punição da homofobia, em julgamento recente o Supremo Tribunal Federal não apenas

constitucional democrático, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, p. 63-6, jul.-set. 1999.

⁸⁸⁶ STF, ADIn 1.458, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 20-09-1996, *apud* MENDES, op. cit., 2007, p. 376.

⁸⁸⁷ STF, ADIn 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, *apud* MENDES, op. cit., 2007, p. 375-6. Sobre efeitos em outros sistemas, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, *Revista de Direito Público*, nº 92, op. cit., p. 5-16. Sobre autonomia, PIÇARA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 185-98.

⁸⁸⁸ Não aprofundaremos a extensão do acórdão em questão por não ser o objeto deste estudo.

determinou que o Congresso Nacional fosse notificado da sua mora em face da constituição, como, pela primeira vez, foi ainda além ao equiparar tais práticas às formas de racismo previstas na Lei 7.716/1989, ao menos enquanto o dever constitucional não fosse cumprido pelo legislador sobre condutas homofóbicas.⁸⁸⁹

De qualquer forma, o certo é que concretizar os direitos fundamentais e os preceitos magnos é dever que incumbe a todos os poderes, numa atuação conjunta que rechaça ideias de supremacia e na qual o sistema de freios e contrapesos atua em ambos os sentidos. De onde, a função jurisdicional não pode restringir-se ao controle burocrático e a atos de mera declaração da letra da lei, pois exige um atuar complexo que supera o limiar da própria interpretação, conferindo sentido aos preceitos legais e aos princípios constitucionais, numa tarefa que assume relevo ainda maior quando diante da inaptidão legislativa.

Então, o ato jurisdicional de interpretação e aplicação não pode ser meramente passivo, devendo-se extrair o sentido normativo do texto legal para

⁸⁸⁹ Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público – a situação de inércia do estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima – a questão da “ideologia de gênero” – soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional: (a) Cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional e (b) Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme (que não se confunde com exegese fundada em analogia “in malam partem”), no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 – Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória fundado em alegada responsabilidade civil do estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos – Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal, eis que referidos temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX). [...] Práticas homofóbicas e transfóbicas configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, por efeito de mandados constitucionais de criminalização (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII), por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). Ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero. STF, ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019.

aplicá-lo ao caso, de acordo com os propósitos e os princípios constitucionais que devem ser integrados ao contexto prático. De modo a se expandir ao máximo a força normativa da Constituição e permitir o controle de adequação e eficácia dos dispositivos em análise à luz desta.

Para tanto, o órgão judicial deverá realizar um processo de interpretação sistemática, atribuindo o melhor significado aos princípios, normas e valores em conflito, a serem observados não singularmente, mas como parte solidária de um conjunto.⁸⁹⁰ Sem prejuízo de completar o trabalho do legislador na hipótese de deficiências, circunstância na qual nem ficará de pleno amarrado aos critérios desse, e nem pode extrapolar seus poderes.

Exemplificando, pode ocorrer que o legislador tenha diferentes formas de exercer um direito de proteção, onde algumas são ineficazes para atingir tal objeto. De início, estas são descartadas, restando outras dotadas de graus diversos de satisfação do objetivo e de afetação de outros direitos; num quadro em que, quanto mais eficiente é o adimplemento do dever de proteção, mais forte é a restrição do direito de defesa.

Para a escolha do meio que atenda da melhor forma a observância de ambos os direitos, proporcionando a proteção mais eficaz possível, com a menor restrição exigível, entendemos tratar-se de uma questão de sopesamento dos direitos em conflito. A ser exercida pelo legislador no âmbito dos seus poderes e no limite da sua discricionariedade, em situação nas quais caso incidir a violação de qualquer comando constitucional caberá a devida intervenção por parte do competente órgão judicial.

Conforme Alexy, o tipo de discricionariedade que aqui incide é a “estrutural”, que no seu âmbito “cognitivo” está ligada aos problemas normativos de “sopesamento” e aos empíricos de “efetividade” – sendo este uma questão de prognóstico. Porém, a discricionariedade referente a prognósticos também é “um problema de sopesamento entre o princípio material de direito fundamental e o

⁸⁹⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69- 80, explicando que deve ser vista a totalidade, para além da dimensão textual, pois “*La Constitución es un todo en el que cada precepto adquiere valor y sentido en función del conjunto*” (STC espanhol 101/1983). Vide ainda HOYOS, Arturo. *La interpretación constitucional*, Bogotá: Temis, 1998, p. 4, 12, 16-9.

princípio formal da competência decisória do legislador”, junto ao limite de intervenção do Poder Judiciário.⁸⁹¹

Assim, no âmbito da efetividade do meio de tutela eleito, se o legislativo detém a “competência para decidir de qual prognóstico deve-se partir, o Tribunal Constitucional não pode dizer que o dever de proteção foi violado”, no entendimento de Alexy. Mas, se o legislador não possuir tal discricionariedade e a Corte Constitucional estiver dotada deste tipo de competência, os métodos eleitos podem ser sindicados por ela, manifestando-se sobre o quadro de prognósticos e apontando que o dever de proteção não fora satisfeito por tal medida.⁸⁹²

Portanto, em tese, o legislador não poderia simplesmente partir de qualquer prognóstico, ao mesmo tempo em que seria vedado ao Tribunal Constitucional intervir sempre, sem limites e corrigir o prognóstico Legislativo, substituindo-o pelo seu próprio. Assim, como também, figura impossível formular uma regra fixa que, para todos os casos, apresente um limite exato entre a competência de prognóstico do Legislativo e o de controle do Judiciário.⁸⁹³

Um exemplo prático pode ser colhido do Tribunal Constitucional da Alemanha, na decisão BVerfGE 77, 170, onde após amplo debate firmou-se que, para cumprir os deveres de tutela, o legislador dispõe de “uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação”, incluso para “dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes”. Porém, tal poder discricionário pode ser controlado pelos Tribunais, mas dependendo “da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo”, e desde que a realização do imperativo de tutela também não ultrapasse o poder jurisdicional.⁸⁹⁴

Afinal, de um lado está o Legislativo com legitimidade democrática e legal, e de outro o Judiciário como o responsável pelo controle da constitucionalidade das leis, num quadro onde as margens recíprocas de decisão oscilam de maiores a

⁸⁹¹ ALEXY, op. cit., 2008, p. 464-9; inclusive formulando casos de proteção e colisão, de maior amenor.

⁸⁹² ALEXY, op. cit., 2008, p. 468. Já sobre vícios, v. ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário, Trad. Luís Afonso Heck, *Revista dos Tribunais*, SP, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. 2000. ⁸⁹³ OSSENBÜHL, Fritz, p. 503, *apud* ALEXY, op. cit., 2008, p. 468, que explica a decisão BVerfGE 50, 290.

⁸⁹⁴ BVerfGE 77, 170, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 307-8. V. BVerfGE 7, 377, idem, p. 593-616. Para CANARIS, op. cit., 2003, p. 116 e 124, se o caso ultrapassar o poder jurisdicional, a matéria deve ser remetida ao legislativo.

menores. De modo que, diante de situações de significativo espaço de conformação legislativa e com densidade diminuta de controle judiciário, torna-se possível afirmar que, quanto maior a amplitude conformativa do legislador, menor será a margem de sindicância judicial, e vice-versa.

Para ilustrar, imaginemos uma situação em que para proteger o objeto “O”, o legislador tenha a disposição os meios “X”, “Y” e “Z”. Analisando-os, ele verifica que o método “X” é ineficaz e desde já o abandona, enquanto que o “Y” é suficientemente eficaz e o “Z” é o mais eficiente de todos para o tipo de tutela que se pretende alcançar. Aqui, a obrigação do legislador é a de não empregar o meio “X”, sendo que entre o “Y” e o “Z” está dotado, a princípio, de discricionariedade, já que o seu dever é o de atingir uma tutela com o mínimo de eficácia e não o de empregar o meio de maior proteção, embora também possa escolher esse, caso não viole a proibição do excesso.

Na medida em que a tutela de um determinado direito pode redundar na restrição de outro, entendemos que a citada discricionariedade cede na hipótese do meio eleito não propiciar a melhor proteção e a igual tempo gerar um maior cerceamento. Como, por exemplo, seria a total proibição de armas de fogo, que nem por isto seria o mais eficaz para favorecer à segurança pública. Assim, caso o método “Y” não apresente a maior eficiência para proteger o objeto “O” e ainda restrinja em maior medida o direito “D”; enquanto que o meio “Z” proporciona uma proteção maior de “O” com um grau menor de afetação de “D”, consideramos que, neste caso, se o legislador não optar por “Z”, tal escolha pode ser revisada pela jurisdição.

Com efeito, como em tese o legislativo dispõe de um amplo espaço para se movimentar entre as fronteiras da proibição do excesso e da insuficiência, simples escolhas por meios com maior ou menor eficiência não se traduzem em desproporção, por si só, pois também devem ser avaliadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita do método eleito para o caso concreto. Afinal, nesta face ele é, a princípio, livre na escolha dos meios, mas vinculado pelo dever de proteção eficaz; enquanto que naquela é de regra livre para eleger seus fins e objetivos, desde que não contrariem a Constituição, sendo legítimos e não censuráveis para os padrões desta.

Portanto, em tese, o legislativo pode “fixar-se a si mesmo o objetivo de alcançar um nível de proteção superior ao mínimo correspondente aos direitos fundamentais”, no que o parâmetro para aferir a necessidade será este mesmo objetivo e não apenas, *v.g.*, a proteção básica de tais direitos. Já que a realização dos imperativos de tutela pelo direito ordinário não precisa limitar-se apenas à concretização de um patamar mínimo.⁸⁹⁵

Assim, embora o legislador não possa realizar qualquer finalidade arbitrária, um fim não precisa ser necessariamente imposto pela Constituição. De onde seria incorreto conceber “que um regime que não é jurídico-constitucional imposto para proteção” de um bem, carece do requisito da necessidade e, então, violaria a proibição de excesso. De modo que o legislador pode ultrapassar os limites mínimos da proteção para atingir finalidades legítimas, sem que com isto cinda a dita vertente da proporcionalidade.⁸⁹⁶

Em decorrência, apenas quando uma das faces da “escultura” do princípio da proporcionalidade for desfigurada, em virtude de sobrecarga demasiada de matéria ou retirada indevida e mesmo ausência do material mínimo necessário para compô-la com nitidez, é que se poderá, então, arguir-se a cisão dos preceitos que vedam o excesso ou a deficiência, e terá cabimento a respectiva intervenção do órgão judicial competente. Já o cabimento dos instrumentos penais é o outro fator que será analisado a seguir.

4.3 O EMPREGO DOS INSTRUMENTOS PENAIS

A partir do que foi visto até aqui, cumpre agora examinar o devido manejo dos instrumentos de ordem penal, enquanto mecanismos que garantam uma proteção eficiente de determinados bens jurídicos fundamentais, ao mesmo tempo que não violem a proibição do excesso. De modo que o Estado consiga compatibilizar o cumprimento dos direitos de defesa e dos imperativos de tutela, atento à dimensão dupla dos direitos fundamentais e adimplindo a sua função sem inconstitucionalidades, a fim de que o princípio da proporcionalidade seja preservado nas suas duas arestas.

⁸⁹⁵ CANARIS, op. cit., 2003, p. 119-20. Vide NOVAIS, op. cit., 2003, p. 92 e 725.

⁸⁹⁶ CANARIS, op. cit., 2003, p. 120-1.

4.3.1 A Legitimação do Direito Penal

É no Direito que a sociedade encontra a garantia das condições necessárias à coexistência social, definidas e asseguradas pelas suas normas que formam a ordem jurídica, em torno do qual o indivíduo e a comunidade irão se pautar. Aqui, o fato que se apresentar contrário a tais normas será um ilícito jurídico, o qual, em dadas condições e nas suas formas mais graves de ameaça ou lesão a certos bens, será um ilícito penal, o que demandará a atuação mais severa do Estado, expressada na sanção criminal.⁸⁹⁷

Não se trata, porém, de um meio ao livre arbítrio do poder público, mas de uma medida extrema, de uso rigorosamente delimitado e bem definido, em favor da proteção dos bens jurídicos essenciais para as condições individuais e coletivas, como a vida. Afinal, ocorre que, diante da sua fundamental valia, tais objetos rogam tutela legal, o que em certas circunstâncias deverá ser realizado por via do Direito Penal. Isso porque, encontra-se ele está inserido num sistema de dupla face, tanto protegendo o indivíduo contra a agressão dos seus pares, como resguardando-os contra eventuais excessos do Estado, no desempenho da sua função preventiva e repressiva ao ilícito penal, que deve ser proporcional.

Assim, a missão do Direito Penal pode ser sintetizada pelo atributo de proteger a convivência humana em sociedade, dentro de um sistema jurídico ordenado, prevendo normas de obrigatoriedade geral e sanções para o seu descumprimento, as quais, em condições específicas, serão desempenhadas pela lei penal. Porém, tal fórmula só deve ser aplicada quando as outras revelarem-se impróprias para proteger o cidadão da violência ilegítima, de modo a tutelar os bens e valores mais importantes, restringindo a liberdade dos indivíduos na exata medida em que tal seja necessária para seus fins.

Dessa forma, ao combater as fortes arbitrariedades e não abusar de tal método, o Direito Penal não apenas limita a liberdade, mas também a cria e garante, atuando num juízo de proporcionalidade. O que Jescheck traduz expressando que as infrações graves não podem ser minimizadas por uma benevolência infundada,

⁸⁹⁷ BRUNO, Anibal. *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 25-6.

ao mesmo tempo em que tal não pode conduzir ao rigor excessivo, de modo que ao autor do ilícito seja imposta apenas as restrições dos objetos que mereça, de acordo com a sua conduta.⁸⁹⁸

Portanto, na medida em que um Estado Democrático de Direito a vingança privada fora abolida, os ataques injustos são reprováveis e os bens jurídicos devem ser tutelados, é daí que o Direito Penal retira sua legitimidade. Atuando de forma preventiva e repressiva em face das situações nas quais apenas a sanção criminal seja capaz de garantir a paz jurídica, a tutela dos bens mais preciosos e a liberdade dos cidadãos.

Neste contexto, o manuseio do Direito Penal advém da necessidade de garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade visando ao bem comum. Pois sem a incidência de tais condições, a sociedade viveria em situação de insegurança prejudicial ao seu desenvolvimento e a dos seus cidadãos. Os quais almejam uma ordenação protetiva e pacificadora, esperando que o Estado assegure a inviolabilidade da sua esfera de autonomia em face de qualquer intromissão arbitrária, ainda que pela sanção.⁸⁹⁹

Assim, não pode o Estado simplesmente contemplar a quebra do Direito, não exercendo o seu poder, deixando de garantir a proteção de uma convivência pacífica entre seus cidadãos e renunciando à segurança jurídica do ordenamento. Diante do que, deverá agir em favor da tutela dos bens jurídicos dos integrantes do corpo social, por via de um sistema que comine proibições e sanções frente aos perigos e

⁸⁹⁸ JESCHECK, op. cit., p. 3-10

⁸⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco, “Lições de Direito Penal. O Delito”, Campinas: Péritas, 2002, p. 41-6; BETTIOL, Giuseppe, “Instituição de Direito e de Processo Penal”, Trad.: Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974, p. 79; FERRI, Enrico, “Princípio de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime”, 2ª ed., Trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1999, p. 121, para quem a “justiça penal provê as necessidades da defesa social”. WESSELS, Johannes, “Direito Penal. Parte Geral”, Trad.: Juarez Tavares, Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 3, para quem o direito penal serve à “proteção dos bens jurídicos e à manutenção da paz jurídica”; WELZEL, Hans, “Direito Penal”, Trad.: Afonso Celso Rezende, Campinas: Romana, 2004, p. 28-9; WELZEL, Hans, “Derecho Penal Aleman”, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 1-5; MIR PUIG, Santiago, “Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito”, São Paulo: RT, 2007, p. 94-5; MIR PUIG, Santiago, “Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito”, São Paulo: RT, 2007, p. 94-5; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoria Geral do Delito”, Trad.: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 1; PARIONA ARANA, Raúl, “El Derecho Penal ‘Moderno’: Sobre la Necesaria Legitimidad de Las Intervenciones Penales”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, p. 126-7 e 135, set./out. 2007; BARRETO, Tobias, “Fundamentos do Direito de Punir”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 727, p. 640-50, maio 1996; AMBOS, Kai, “Direito Penal. Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e Outros Aspectos”, Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 22-3; e AMBOS, Kai, “Dogmática Jurídico-Penal y Concepto Universal de Hecho Punible”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, nº 74, p. 88-9, set./out. 2008.

danos contra tais bens. O que será exercido pelo Direito Penal em determinadas situações, já que ele também está vinculado a prescrições e a limitações, na medida em que a legalidade é um ônus imposto pelo Estado tanto aos indivíduos como a si próprio.

Em decorrência, por força de cominações da própria Constituição em torno da qual a sociedade é ordenada, numa das faces o Estado torna-se comprometido ao resguardo dos direitos fundamentais por via das sanções penais. Devendo conformar o seu sistema de modo a propiciar aos indivíduos as condições básicas de segurança que permitam o exercício das liberdades lícitas e o devido controle da criminalidade.

De outra parte, as restrições daí advindas deverão incidir num patamar de proporcionalidade, necessidade e eficácia, atento ao juízo de “ultima ratio” da lei penal. De modo que nenhum dos direitos pautados seja sacrificado em favor do outro de forma irrazoável, num processo em que o exercício da força é duplamente limitado. De um lado pelo Estado ao coibir a violência contra seus cidadãos, e de outro pelas barreiras que o próprio poder público deve respeitar, quando elabora e aplica os tipos e as penas.

De qualquer sorte, esta proteção é desempenhada na medida da importância e da necessidade do bem jurídico, o qual é cunhado com o signo da defesa penal num compromisso maior que o Estado assume com a preservação e a realização daquele, chamando a atenção da sociedade sobre o relevo do seu resguardo e as consequências da sua inobservância, os quais requerem tal instrumento para uma tutela eficiente.

Portanto, ao Direito Penal corresponde proteger a convivência social concebida pela Constituição, assegurando a ordem jurídica do Estado, garantindo a paz social e tutelando os indivíduos e a comunidade em face das infrações graves da lei. Para o que irá valer-se de instrumentos que representam a forma mais forte de intervenção na liberdade dos cidadãos, justamente para assegurar que os demais gozem deste bem. Contudo, diante da afetação que representa aos direitos fundamentais, a legitimidade do Direito Penal é um pressuposto necessário e inafastável que deve estar presente num Estado Democrático de Direito, não

podendo aceitar-se como justificativa o mero caráter funcional⁹⁰⁰ da norma, a qual deve estar orientada à proteção dos bens jurídicos mais preciosos, fixando os limites de onde pode e onde não deve deixar de intervir.

Para tanto, deve possuir um fundamento constitucional – seja no que atende, como naquilo que não contraria os seus preceitos –, adequar-se aos mandados de necessidade, eficácia e proporcionalidade, além de estar dirigida à tutela de certos bens jurídicos, sob determinadas condições e que orientarão o marco interventor. Demodo a estabelecer quando se está diante de um objeto, se ele é um autêntico bem jurídico, se requer a tutela penal e em que medida, vindo a propiciar uma proteção proporcional.

Com efeito, ainda que os instrumentos penais representem restrições aos direitos de defesa, eles também asseguram a realização da liberdade externa e favorecimento dos direitos individuais e coletivos, possibilitando ao cidadão certa autonomia nos vínculos e na sua interação social, perante o qual o legislador deve proceder a correta seleção dos objetos especialmente dignos de tutela criminal, sem descuidar dos parâmetros traçados na Constituição.

Neste sentido, para Hassemer o dever de proteção está ligado a um bem jurídico necessitado e merecedor de tutela, o qual obriga o legislador a atuar, não sempre, mas inclusive por métodos de cominações penais. Isto segundo as possibilidades e as exigências do objeto e sob certas circunstâncias, bem como quando estiver diante de situações nas quais a Constituição além de determinar a tutela ainda impõe que ela se realize pelo meio penal, a fim de que não seja violada a proibição da insuficiência.⁹⁰¹

Assim, o Direito Penal é expresso como uma das formas de controle social, mas que só pode ser acionado para a tutela de “elementares interesses humanos, e

⁹⁰⁰ Sobre funcionalismo: JAKOBS, Günther. La idea de la normatización en la dogmática jurídico- penal, p. 93-115, e LYNETT, Eduardo Montealegre; TORRES, Jorge Fernando Perdomo, Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la Obra de Günther Jackobs, p. 23-92, ambos In *Los Desafíos del Derecho Penal e el Siglo XX*, op. cit., 2005; e JAKOBS, Günther, O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?, In *Direito Penal e Funcionalismo*, Coordenação e Tradução Nereu José Giacomolli et al., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-51.

⁹⁰¹ HASSEMER, op. cit., 2007, p. 101-3, acrescentando que: “A pesar de este amplio ámbito de aplicación de la prohibición de defecto, sigue siendo cierto que es precisamente el Derecho penal el que debe contar siempre con ser utilizado por esse concepto, en concreto, en forma de mandatos de penalización.” Ver também STERNBERG-LIEBEN, op. cit., p. 105-9; p. 184-198; BUNZEL, op. cit., p. 151; KAHLO, op. cit. p. 56-7; e YACOBUCCI, op. cit., 2002,

desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis” ou tenham falhado, de modo a observar rigorosos requisitos e sujeitar-se aos limites de necessidade, adequação e proporcionalidade dos meios,⁹⁰² na sua dupla forma.

Na escolha dos objetos, além dos previamente apontados pela Constituição, desponta como critério basilar a seleção dos bens jurídicos fundamentais conectados ao livre desenvolvimento da pessoa como indivíduo e na sua inserção comunitária. No que terá azo a dupla dimensão dos direitos fundamentais, na sua face subjetiva e objetiva, tanto no que limita a intervenção estatal por conta dos direitos de defesa e proíbe o excesso, como naquilo que legitima e requer a atuação penal, inclusive preventiva, com o fito de adimplir os deveres de proteção e não contrariar a proibição da insuficiência.

Então, mesmo não sendo o instrumento único nem primário, o Direito Penal é capacitado a quitar o dever estatal de tutela, de modo que os cidadãos desfrutem da paz pública, das devidas posições em sociedade e da liberdade protegida pela Constituição. Portanto, como a tutela e a promoção do exercício dos direitos fundamentais há de ser propiciada de forma eficiente, a norma penal é invocada nas situações em que tal se faz necessário (por determinação prévia ou pelas circunstâncias específicas) e é legitimada pelos deveres de proteção. Na medida em que o ordenamento deve ser conformado de tal modo que os cidadãos possam desenvolver uma convivência pacífica e segura.

Contudo, os mesmos valores que o invocam como meio de proteção, também limitam o seu âmbito de atuação, uma vez que o uso dos instrumentos penais não há de ser visto de forma apartada, mas conectado ao sistema constitucional e ao princípio da proporcionalidade como um todo. Diante do que, tal meio de intervenção máxima não gozará de legitimidade quando for além da prossecução dos valores, bens e interesses reconhecidos como apropriados pelo ordenamento do Estado Democrático de Direito.

Conforme Lagodny, o caminho para se chegar a um juízo de aplicação dos instrumentos penais deveria passar por duas fases, assim, primeiro, examina-se o âmbito de proteção que o objeto requer e a correlata intromissão no direito

⁹⁰² HASSEMER, op. cit., 1993, p. 31-3

fundamental, para num segundo passo ser avaliado se: a norma incidente persegue uma finalidade legítima, é idônea, necessária e proporcional no todo. Caso aprovado neste teste, torna-se aceitável que a norma penal cumpra um papel de tutela dos direitos fundamentais, ao expressar uma reprovação estatal e impor sanções específicas a certas condutas, numa equação na qual é imperioso compatibilizar-seo Direito Penal e a Constituição.⁹⁰³

Neste contexto, o Direito Penal está sujeito a vínculos constitucionais e jurídico-penais, frente aos quais os direitos fundamentais realizam uma dupla exigência em relação ao âmbito de liberdade dos indivíduos, o qual tanto na fase de criação como de aplicação da norma deve ser enfrentado na sua vertente de defesa e proteção. De modo que só incidam no sistema os meios interventivos que respeitem tais postulados, sob a dupla face da proporcionalidade, propiciando aos cidadãos meios apropriados que os resguardec das ameaças e ataques vindas de terceiros ou do poder público.

Na medida em que o Direito Penal caracteriza-se pela tutela de bens jurídicos, a criação e a aplicação das leis penais restam demarcadas por tal finalidade, tornando-se decisiva a relação entre as condutas abarcadas pelo tipo penal, a esfera de proteção do bem jurídico e o fato de que ele seja realmente digno de receber tal tipo de tutela. Consequentemente, forma-se uma barreira no sentido de que a norma criminal não pode ir mais além da proteção de bens jurídicos, não intervindo na liberdade dos cidadãos em nome de objetos que não sejam qualificados como tal ou que não representem risco ou lesão. Ao mesmo tempo em que, na escolha dos critérios que executarão o resguardo dos valores e interesses erigidos à citada categoria, o sistema deve empregar métodos que sejam suficientes para desempenhar uma proteção com o mínimo grau de eficácia.

Desta forma, quando outros ramos do ordenamento não forem capazes, cumpre ao Direito Penal a tarefa de propiciar uma existência livre, pacífica e socialmente segura aos indivíduos, garantindo as condições individuais, coletivas e institucionais que sejam imprescindíveis para a consecução de tal fim, cujo escopo

⁹⁰³ LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In *La Teoría del Bien Jurídico*, op. cit., p. 130-1 e 136, anotando a relação penal e constitucional.

não pode ser direcionado para a tutela de questões criminalmente ilegítimas, como valores meramente morais e ideológicos.⁹⁰⁴

Para tanto, deve-se ter em conta a dupla face do princípio da proporcionalidade e, diante das vedações do excesso e da insuficiência, buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, tanto a título de defesa, como a título de prestações. De forma a propiciar a tutela dos bens jurídicos mais importantes para o convívio social, por via dos meios mais convenientes e que respeitem a igualdade, a liberdade e a dignidade.

4.3.2 A Importância do Direito Penal em Face dos Deveres de Proteção

Por conta do dever de zelar pelas garantias de seus cidadãos de forma múltipla, seja em virtude de investidas públicas ou de particulares, diante da feição objetiva dos direitos fundamentais, o Estado também assume o posto de guardião de tais direitos. O que lhe gera a obrigação de tomar as providências necessárias para a consecução efetiva dos citados, cujos efeitos são transmitidos para todo o ordenamento, e que, por vezes, requerem o manejo dos instrumentos criminais como forma de quitar tal função.

Aqui, cabe ao Estado adotar as devidas medidas, inclusive de natureza criminal se presentes os seus requisitos, com o objetivo de adimplir o seu dever de proteção que se alastra perante as suas várias esferas. Seja no Legislativo, pela edição ou manutenção das leis necessárias à garantia da proteção penal constitucionalmente requerida, seja no Poder Executivo, no tocante às questões de segurança pública, poder de polícia e investigação, isto é, no Judiciário, com a efetiva prestação jurisdicional.⁹⁰⁵

Dessa forma, além de limitar o poder de intervenção estatal no âmbito devido, o sistema penal estará a serviço do combate ao crime e às violações que a prática deste representa aos direitos fundamentais, assumindo a sua outra face na tutela do

⁹⁰⁴ ROXIN, op. cit., 2007, p. 446-9. Na mesma linha ver HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. sobre los criterios de una imputación justa. In *La Teoría del Bien Jurídico*, op. cit., p. 287; BUNZEL, op. cit., p. 157-8; GAEDE, op. cit., p. 266; FRISCH, op. cit., p. 309; e MUÑOZ CONDE, op. cit., 1975, p. 59-61.

⁹⁰⁵ FELDENS, *Direitos Fundamentais* [...], op. cit., 2008, p. 79-80. Ver também MENDES, et al., op. cit., 2008, p. 583-4; e HESSE, op. cit., 1998, p. 239-40.

indivíduo. Onde além de meio de defesa contra a repressão desmedida do Estado, também se apresenta como um núcleo de proteção contra as agressões de terceiros.⁹⁰⁶

Assim, para cumprir as incumbências em face das quais está obrigado, deverá o Estado adotar medidas positivas de ordem diversa como proibições, autorizações e normas de natureza penal, “com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”.⁹⁰⁷ Diante disso, uma das maneiras de concretizar tais direitos acaba sendo exatamente a de criminalizar as condutas atentatórias aos mesmos, inclusive por força dos mandados de criminalização, eleitos pelo constituinte como uma forma eficiente de proteção dos bens jurídicos fundamentais e que deverá ser exercida com proporcionalidade, sem excessos, nem deficiências.

Em termos práticos, exemplifica Alexy de que “não há dúvidas de que o Estado tem o dever de proteger o indivíduo contra o homicídio”, o que, dentre outros meios, deverá ser realizado pelas sanções criminais. Em situação na qual entende ele que o direito à proteção penal irá manifestar-se como uma forma especial do direito subjetivo de prestação normativa do Estado, que em casos específicos está obrigado a legislar em termos criminais para a devida proteção dos bens jurídicos fundamentais.⁹⁰⁸

Portanto, a Constituição deve garantir meios idôneos para efetivar a tutela dos valores que ela mesma consagra. Os quais, além da tradicional aresta defensiva contra os arbítrios do Estado, também devem na outra frente propiciar prestações e medidas protetivas diante das agressões provenientes de terceiros. Mesmo que para tanto seja necessário o uso dos instrumentos penais, como forma de tutela eficaz dos direitos fundamentais e de não violação da proporcionalidade por proteção deficiente.

Nota-se, pois, que as situações de inconstitucionalidade podem advir tanto de um ato estatal desarrazoado, em que haja desproporcionalidade entre fins e meios, como da proteção insuficiente de um direito fundamental. Como “quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais” na tutela de certos bens

⁹⁰⁶ ROXIN, op. cit., 1993, p. 76-88.

⁹⁰⁷ SARLET, op. cit., 2004, p. 93. Vide SARLET, op. cit., *Direitos fundamentais e proporcionalidade* [...], 2008, p. 243; e MENDES et al., op. cit., 2008, p. 585-6.

⁹⁰⁸ ALEXY, op. cit., 2008, p. 453-4. Ver ÁVILA, Thiago, op. cit., p. 51-3.

jurídicos, uma vez que todos os atos dos Poderes Públicos estão vinculados à materialidade da Lei Suprema e ao duplo viés do princípio da proporcionalidade, a serem observados.⁹⁰⁹

Afinal, a Carta Magna contém previsões sobre um sistema de Direito Penal, no qual se incluem os mandados de criminalização, advindo disso a necessidade de ser estabelecida uma “relação de coerência interna ou orgânica a nortear o ordenamento jurídico-penal”. O que implica o manejo de instrumentos que impeçam a ocorrência de níveis excessivos ou deficientes na proteção de determinados bens jurídicos, sob pena de manifesta desproporção e a ocorrência de situações de inconstitucionalidade.⁹¹⁰

Dessa forma, o Estado torna-se “obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição”. Para cujo fiel desempenho, em determinadas situações, é impelido a adotar medidas penais, diante “da perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a todo o atuar dos poderes públicos”,⁹¹¹ O qual deverá ser suficiente para tais fins.

Assim, em condições especiais, a ausência da devida proteção normativa representa um risco “à própria subsistência do Direito no âmbito comunitário”.⁹¹² De modo que em casos específicos, para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais, o “Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal”,⁹¹³ devendo então empregá-lo, mas observando o princípio da proporcionalidade sob ambos os aspectos.

⁹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., *Da proibição [...]*, 2004, p. 254. Ver STRECK, Lenio Luis. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, *Revista do Ministério Público, Porto Alegre*, nº 53, p. 244-6, maio-set. 2004; e CUNHA, Maria da op. cit., p. 273 e ss.

⁹¹⁰ FELDENS, op. cit., 2005, p. 116-7.

⁹¹¹ ANDRADE, Vieira de, op. cit., 2004, p. 147-9, explica que se discute “em que casos e até que ponto a consagração dos direitos fundamentais impõe” o dever de criminalizar certas condutas. Mas aduz que a partir dos deveres de proteção várias normas penais “passaram a ser vistas com outros olhos”.

⁹¹² FELDENS, op. cit., 2005, p. 118.

⁹¹³ STRECK, *Da proibição [...]*, op. cit., 2004, p. 257. Vide STRECK, *A dupla face [...]*, op. cit., 2004, p. 241-3; e STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica [...]*, op. cit., 2002, p. 32-3.

Para tanto, está autorizado o manejo das ferramentas de índole criminal, uma vez que a conduta do Estado em favor das garantias fundamentais não é apenas a da abstenção, mas também a do dever de atuação no sentido de propiciar meios eficazes para que os direitos fundamentais expressos na Constituição estejam a salvo de ataques ilegais. Ainda que ao custo de certas liberdades freadas pelo direito penal, num sistema amplo de proteção de direitos que é operado frente ao Estado e por via dele.

Portanto, “estando disponíveis pela ordem constitucional os instrumentos sancionadores aptos a conferirem adequada proteção ao direito fundamental”, e sendo tal tutela necessária para o livre desenvolvimento e fruição deste direito, por força da proibição da infraproteção, figura vedado ao legislador ordinário não promover a correta utilização de tal forma protetiva. No que negligenciará caso desvie a tutela penal para outros bens jurídicos de menor relevo⁹¹⁴ ou renuncie a tal meio, ou mesmo realize o manejo defeituoso dos mecanismos criminais em casos que lhe eram exigíveis.

Nessas circunstâncias, a proteção deficiente pode ser aferida a partir do exame conjunto entre a normatividade e a faticidade. Onde esta opera “em face de dados empíricos não controvertidos, assim aquilatáveis a partir de um consenso intersubjetivo”; e aquela advém da comparação do catálogo de penas utilizadas pelo mesmo legislador para obter fins de tutela similares, analisando-se o nível de sanção cominada aos tipos.⁹¹⁵

Dessa forma, para concretizar com eficiência os deveres de proteção que lhe incumbem, em determinado momento e medida o Estado haverá de recorrer ao sistema jurídico-penal, em especial quando “a ausência de adequada proteção normativa coloca em xeque a própria subsistência do direito no âmbito comunitário”. Fazendo com que a proteção por instrumentos criminais possa despontar, nessas circunstâncias, “como uma condição eventualmente necessária” à plena realização dos direitos fundamentais.⁹¹⁶

Afinal, perante determinadas condições e setores, a ausência de leis penais tornaria os direitos fundamentais e a Constituição supérfluos, de modo que no local

⁹¹⁴ FELDENS, op. cit., 2005, p. 119.

⁹¹⁵ FELDENS, *Direitos fundamentais*, op. cit., 2008, p. 94.

⁹¹⁶ FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal. In *Criminologia e Sistemas*, Org. GAUER, op. cit., 2008, p. 425.

da liberdade predominaria a força e o arbítrio, e no lugar do ordenamento comum que gera a unidade aspirada pela Constituição repousaria a desintegração e anarquia.⁹¹⁷ De tal forma que direitos como a vida e a liberdade não existiriam no seio social se o Estado não os tutelasse pelas normas penais que sancionam o homicídio, o sequestro, etc.⁹¹⁸

Então, na medida em que as normas de Direito Penal são dirigidas a proteger um direito fundamental exposto a uma agressão potencial, perante a qual o Estado encontra-se vinculado em virtude dos deveres de proteção, o interesse público por ele perseguido é imanente à tutela jurídica deste direito fundamental ameaçado, a qual, “uma vez conferida, passa a fazer parte do próprio conteúdo do direito fundamental.”⁹¹⁹

Outrossim, como a princípio legislador dispõe de ampla margem de conformação dentro dos citados limites, sendo livre na eleição dos meios de tutela, aqui a sua obrigação é de adotar “pelo menos” um padrão mínimo. O que difere de adotar apenas e sempre um patamar mínimo, de onde a escolha pelo mecanismo que confira maior proteção não violará, por si só, o viés da vedação do excesso, logicamente observadas as demais variantes e valores que incidam no caso concreto.

Igualmente, se no cumprimento do imperativo de tutela constitucionalmente imposto, a opção for pelo método que confira o grau mínimo de proteção ao direito fundamental, mas tal escolha gere uma intervenção inarredável e necessária num outro direito fundamental, ainda assim, aqui estará observado o princípio que veda o excesso, já que na hipótese não se ultrapassou o mínimo legal de proteção indispensável.

Contudo, como o Estado assumiu o ônus de tutelar “os bens de liberdade jusfundamentalmente garantidos perante ameaças e compressões que sofram por força” de intervenções alheias e o cumprimento de tal dever passa por variações assistidas pelo princípio da proporcionalidade, daí decorre que o âmbito de atuação legislativa estará sujeito à análise e ao controle judicial sempre que exceder

⁹¹⁷ HÄBERLE, Peter, 2003, p. 175-6, *apud* FELDENS, *De Damiens* [...], op. cit., 2008, p. 425.

⁹¹⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, 2001, *apud* FELDENS, *De Damiens* [...], op. cit., 2008, p. 426.

⁹¹⁹ FELDENS, De Damiens [...], op. cit., 2008, p. 427, citando que conforme o Tribunal Constitucional da Espanha (STC 71/1984, F.J. 2) “el legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo”.

determinados padrões e quando a inexistência de norma ou a sua incidência defeituosa redundarem num quadro em que o direito fundamental figure “abaixo de um limiar mínimo de proteção”.⁹²⁰

Em tais casos, a função do Magistrado não será a de um prolator mecanicista das palavras escritas na lei. Mas a de um cientista que a interpreta, pondera e implementa, sempre atento aos fins do direito, aos valores e princípios constitucionais, cujo conteúdo deve ser realizado por ele para o resguardo dessa ordem e a efetividade dos direitos fundamentais, dentro do que lhe cabe no Estado Democrático de Direito.

Ademais, como está autorizado a arbitrar entre os valores em conflito, qual deve prevalecer, em tese, o órgão judicial também pode reconhecer, entre os meios, no caso, disponíveis, qual melhor atende aos postulados da eficiência no cumprimento do dever de tutela. Ainda que o método eleito supere o nível mínimo protetivo tarifado na Constituição, mas sempre atento ao princípio da proporcionalidade no seu duplo viés e à barreira institucional de que a realização do imperativo de tutela por tal poder não ultrapasse “os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial ao direito.”⁹²¹

Tais circunstâncias são uma decorrência da conexão dos poderes públicos com a observância dos direitos fundamentais, que não se restringem apenas ao seu respeito enquanto direitos de defesa e da vedação do excesso, mas também se manifestam na mesma medida como deveres de proteção e proibição de uma tutela insuficiente, sem violar a independência dos poderes, nem negligenciar as obrigações constitucionais, inclusive, quando os métodos penais são os exigidos em face de uma certa situação.

Contudo, na medida em que o legislador dispõe de uma liberdade um tanto ampla para configurar os tipos penais e cominar as sanções, “um juízo revisional sobre sua atividade há de se realizar criteriosa e excepcionalmente”. Verificando o sistema de tutela jurídico-penal na sua amplitude e com base na devida referência

⁹²⁰ NOVAIS, op. cit., 2007, p. 370-2 e 378. Na mesma linha CANARIS, op. cit., 2003, p. 127; e HAIN, Karl-Eberhard, 1993, p. 982 e ss., *apud* GRIMM, op. cit., p. 162.

⁹²¹ CANARIS, op. cit., 2003, p. 116 e 124, assim como o legislador, em certas circunstâncias a jurisdição pode, em princípio, “ir além do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente imposto”. Ver STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, GRAU, Eros Roberto et al. (Org.), São Paulo: Malheiros, 2003, p. 505-15.

constitucional, o que vale tanto em face dos atos criminalizadores como para os dedescriminalização.⁹²²

4.4 AS MOTIVAÇÕES DA INCIDÊNCIA DA MEDIDA PENAL

Já verificamos que o patrimônio cultural é um direito social com características de direito fundamental. Sobre tais categorias de direitos, pende a obrigação de proteção penal sobre determinadas circunstâncias, as quais devem estar sujeitas ao princípio da proporcionalidade, bem como às proibições do excesso e da proteção suficiente.

Para traçar um breve e pequeno paralelo, citaremos as decisões do antigo Tribunal Constitucional da antiga República Federal da Alemanha, no que toca à proteção de direitos fundamentais e à proibição da insuficiência.

Ao verificar a proteção do direito à vida na categoria intrauterina, na decisão, BVerfGE 39, 1, de 25/02/1975, o Tribunal Alemão firmou que *o dever de proteção do Estado não só proíbe intervenções diretas estatais, como também ordena que o Estado se posicione de forma protetora e fomentadora dos direitos fundamentais, tutelando-a de intervenções ilícitas alheias, sem permitir o poder de interferir na esfera protegida de outrem, sem uma causa que o justifique.*⁹²³

Outrossim, embora o legislativo disponha de vários meios, o decisivo é saber se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção de direitos garante uma tutela *efetiva e proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido*”. Já que, em *caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se do direito penal.*⁹²⁴

Na espécie, se, por um lado, é o legislador quem decide sobre quais medidas são mais *oportunas e indicadas para garantir uma eficiente proteção* dos direitos, num exame em que a norma penal deve ser a “ultima ratio”, utilizada apenas de forma cautelosa, reservada e de acordo com o princípio da proporcionalidade que aqui prepondera, por outro, tal medida extrema deve ser empregue caso *não for*

⁹²² FELDENS, op. cit., 2005, p. 120 e 126. Vide FELDENS, op. cit., 2007, p. 855.

⁹²³ BVerfGE 39, 1, da então Alemanha Ocidental, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 267-71.

⁹²⁴ BVerfGE 39, 1, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 267-8.

conseguida de outra feita uma efetiva proteção de bens jurídicos que estão reguardados constitucionalmente.⁹²⁵

Contudo, não se trata de um dever absoluto de penalizar, mas da obrigação “relativa de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios”. De acordo com o que “exige o valor e o significado do bem a ser protegido”, em especial quando diante de direitos fundamentais e da própria dignidade humana.⁹²⁶

Tal decisão, na esteira do que fora até aqui apresentado, bem retrata os deveres de proteção estatal, os quais incumbem em primeira linha ao legislativo que, no cumprimento do seu imperativo de tutela dos direitos fundamentais, a princípio, pode dispor de vários meios para realizar esta tarefa, desde que não viole o duplo viés do princípio da proporcionalidade, o qual lhe impõe limites mínimos e máximos de atuação.

Igualmente, reforça o teor de *extrema ratio* do Direito Penal, ao mesmo tempo em que afirma que em determinadas circunstâncias o seu uso não é apenas possível, mas obrigatório. Exatamente por força da adequada, necessária e precisa tutela que certos bens e valores fundamentais rogam, os quais, por sua importância e grau de vulneração, não podem ficar sujeitos a ataques em virtude de uma proteção deficiente.

Por sua vez, tais questões seriam novamente discutidas na BVerfGE 88, 203, de 28/05/1993, na qual restou firmada que o Estado deve “adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela”, combinando elementos protetivos do tipo preventivo e repressivo, para atingir uma proteção que seja adequada e efetiva, no que a “proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção” de determinados direitos fundamentais, sob pena de violar a proibição da proteção deficiente da vida humana dele decorrente”.⁹²⁷

Também, embora possa, em tese, adotar um dado plano de proteção com aconselhamento à gestante nos conflitos iniciais da gravidez, com ênfase no seu convencimento a dar à luz e, a partir disso, desistindo da cominação da pena sob

⁹²⁵ BVerfGE 39, 1, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 270-71.

⁹²⁶ BVerfGE 39, 1, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 269-71.

⁹²⁷ SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 276-7, comentando a decisão BVerfGE 88/203, de 28/05/1993.

certas circunstâncias, tal projeto necessita de condições que “criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intrauterina” e da tutela desta. O que deve também ser conservado e fomentado na consciência coletiva, tarefas que incumbem ao Estado na sua função protetiva.⁹²⁸

Afinal, à luz de determinados bens jurídicos previamente selecionados pelo constituinte o dever de tutela não restará atendido quando forem “tomadas medidas de proteção de qualquer natureza”, já que o seu alcance deve ser determinado diante do significado e da necessidade do bem jurídico a ser protegido. Então, se por um lado a Constituição fixa a tutela como meta, mas não detalha a forma, o que confere ao Legislativo certa liberdade para eleger o tipo e o alcance da proteção; por outro lado, ele “deve observar a proibição da insuficiência”, no que “está sujeito ao controle jurisdicional” de constitucionalidade. De modo que “as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente, baseando-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis”.⁹²⁹

Assim, “para que a proibição de insuficiência não seja violada”, a conformação do “ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas. Também, não se pode simplesmente desistir do uso do Direito Penal e do seu efeito protetivo, já que a ele sempre coube proteger os fundamentos de um convívio social ordenado”, mormente quando uma conduta “for especialmente danosa” e “insuportável para a sociedade”.⁹³⁰

Portanto, embora o legislador seja livre na escolha dos métodos, ele permanece vinculado pelo dever de proteção e pela obrigatoriedade da eficácia das formas eleitas. Então, mesmo que o emprego dos instrumentos penais não seja um postulado absoluto, o da proibição da insuficiência segue sendo, de modo que a incumbência de propiciar uma proteção eficaz é um ônus irrenunciável. E se a forma de cumprir tal imperativo de tutela é exatamente pela via do Direito Penal, a sua utilização também se torna irrenunciável em determinadas circunstâncias, pela força emanada da Constituição.

⁹²⁸ SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 277.

⁹²⁹ BVerfGE 88, 203, já da Alemanha Unificada, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 279-80.

⁹³⁰ BVerfGE 88, 203, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 280-3.

Igualmente, as situações de escolha legislativa e do exame jurisdicional passam pelo filtro da proporcionalidade, incidente nas suas três fases e que devem ser operadas sob a sua dupla matriz, que tanto proíbe intervenções excessivas, como veda formas insuficientes de tutela do objeto jurídico. Inclusive, verifica-se que a Corte da Alemanha fundamentou suas decisões no princípio da proporcionalidade, manifestando-se sobre a adequação dos métodos em exame, da necessidade doseu uso (fundada no grau de eficiência) e na estrita proporcionalidade (oriunda da análise dos fatos), para concluir pela existência de obrigação legislativa que veda a proteção deficiente de determinados bens jurídicos, para cuja tutela devem serem empregados meios mínimos.

Com efeito, apesar das semelhanças e diferenças das duas decisões, o que se colhe delas em relação ao presente estudo diz respeito ao âmbito de defesa e proteção dos direitos fundamentais, relacionados à dupla face do princípio da proporcionalidade. Frente ao que o legislador depara-se com parâmetros mínimos e máximos que não podem ser ultrapassados em ambas as divisas, no que se inclui o compromisso de propiciar uma proteção jurídica eficaz dos bens mais valiosos. O que será exercido pelo Direito Penal quando este revelar ser o método mais apropriado ao adimplemento do imperativo constitucional de tutela, em situações nas quais não pode ser descartado.

Por conta disto, o Tribunal Constitucional da Alemanha reafirmou a importância da proteção de determinados direitos fundamentais, a proibição de uma tutela deficiente e a necessidade do meio penal em certas circunstâncias. Produzindo uma tensão na qual sob determinado prisma este meio desponta como irrenunciável, mas a depender de um outro foco é apontado que idênticos propósitos e um estágio mínimo protetivo podem ser atingidos de outras formas, desde que não sejam insuficientes ante o bem de inegável valia.

Contudo, tal demarcação não significa um intervento abusivo na atividade legislativa. Pois, em tese, o seu titular prossegue com competência para valorar os objetos, avaliar o perigo para um bem jurídico, ponderar os interesses contrários e sobre tal base eleger uma medida. O que só estará sujeito a controle judicial quando nenhum dos meios disponíveis for adotado ou quando for insuficiente ao seu fim lícito. Residindo, neste exato ponto, a aplicação da norma penal, se for ela a mais

apropriada forma de cumprir com o dever de proteção e evitar deficiências na tutela bem jurídico.

Aqui, múltiplos são os fatores que influenciam no processo legislativo de criação dos tipos penais e agravamento das sanções, assim como variados são os argumentos e meios que lhe impõem limitações, no que se destaca o princípio da proporcionalidade. Opera este, como uma ferramenta protetiva dos direitos fundamentais, frente ao qual o âmbito de conformação do legislador está delimitado e a jurisdição efetua o controle constitucional das normas, averiguando se, em relação aos fins, os mecanismos penais eleitos são idôneos, necessários e proporcionais.⁹³¹ Num exame onde o Direito Penal deve ser visto como o método que há de propiciar uma proteção nem demasiada e nem insuficiente, ao bem jurídico indicado como digno de tal tutela, por sua especial valia.

Com efeito, face às dificuldades em demarcar as fronteiras daquilo que deveria ou não ser objeto da proteção penal, a partir das decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, Aguado Correa propôs o chamado modelo de três níveis. Por esse, caberia a tutela penal aos objetos que são parte da ordem de valores da Constituição, o que inclui direitos fundamentais e interesses supraindividuais; enquanto que não mereceriam tal proteção os objetos que não afetem a comunidade, em especial os comportamentos de mera desobediência de preceitos administrativos. Contudo, como a maioria dos valores ou interesses que são bens jurídico-penais situar-se-iam entre os dois citados níveis, ao legislador caberia a decisão de protegê-los pela via criminal ou por outras formas, restando à Corte Constitucional um exame mais limitado, mas de proporcionalidade.⁹³²

A partir de tal análise, Feldens (2007) também conclui pela dificuldade de “traçar a linha limítrofe exata entre o núcleo do Direito Penal e o âmbito das meras irregularidades”, cuja decisão criminalizadora neste espaço intermediário estaria a cargo só do legislador. De modo que apenas restaria claro que “certos suportes fáticos de menor importância estão fora deste núcleo”, em cujo cerne residem os

⁹³¹ BUNZEL, op. cit., p. 147-8 e 155; STAECHLIN, op. cit., p. 289, 296-7, e ainda STERNBERG-LIEBEN; e SCHÜNEMANN, op. cit., p. 123 e 212, citando a proporcionalidade como limite primário do direito penal.

⁹³² AGUADO CORREA, op. cit., p. 198, concluindo que então o Tribunal limitar-se-ia apenas a comprovar “si la amenaza penal es la más adecuada a los fines que se persiguen, examinando tan sólo si el precepto está materialmente en consonancia o no con los preceptos constitucionales, los principios implícitamente consagrados en la Constitución y las sentencias dictadas por el mismo”.

deveres de proteção jurídico-penal, a serem aferidos “com base no ordenamento de valores da Lei Fundamental”.⁹³³

Afinal, o complemento pelo direito ordinário do imperativo de tutela advinda da Constituição não significa que esta tarefa deva ser exercida pela via penal, já que o sistema dispõe de outros meios de proteção, desde o administrativo até os sociais. Demais, resulta evidente que a inconstitucionalidade haveria no caso de se conceber uma escala de bens jurídico-penais que subverta a ordem constitucional de valores, criminalizando condutas ilícitas de menor relevo e descriminalizando outras de maior gravidade, bem como operando cominações indevidas entre as áreas de incidência do que seja um ilícito administrativo e daquilo que incumbe ao Direito Penal.

Ocorre que quando as outras instâncias do sistema revelam-se inaptas para garantir a proteção eficaz dos bens mais valiosos frente aos ataques mais graves, o emprego dos instrumentos de caráter penal torna-se indispensável para viabilizar a manutenção do convívio em comunidade. Já que para o livre desenvolvimento desta é necessário que lhe seja propiciado o devido desfrute de objetos insubstituíveis, como a vida, a saúde, a liberdade, etc., sem os quais não haveria a ordem social.

Em decorrência, questões sociais evolutivas são determinantes para o leque de incidência de bens jurídicos, a sua adequação e a necessidade de tutela, o que se traduz na própria essência do Direito, concebido para proteger interesses e valores, para cujo fiel desempenho dispõe de vários meios. Só que aqui, a eterna dinâmica das relações humanas acaba por exigir que, em determinadas circunstâncias, o Direito traga à público um dos seus setores de maior rigor, vindo então a abrir as portas do Direito Penal, considerado a forma mais forte de combate ao ilícito erigido a crime.

Contudo, nem todo bem é um bem jurídico, e nem todo bem jurídico requer a tutela penal, privilégio este que é destinado apenas aos objetos de especial relevância, diante dos perigos ou das lesões de considerável gravidade, os quais não podem ser inibidos com a eficácia mínima necessária pelas demais áreas do

⁹³³ FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. realidades e perspectivas. In *A Constitucionalização*, op. cit., 2007, p. 853, citando as decisões BVerfGE 5, 85; 6, 32; 7, 198 e 21, 362. Com efeito, FELDENS, *A constituição* [...], op. cit., 2005, p. 129-135, alerta para “um aspecto complicador: a ‘desmaterialização’ do Direito Penal a partir do (progressivo) processo de ‘civilização’ de suas sanções”. Vide CANNARIS, op. cit., 2003, p. 115-6; CUNHA, Maria da, op. cit., p. 328; e FELDENS, op. cit., 2008, p. 93.

ordenamento, sob pena de tornar vulnerável tão importante objeto e violar a proibição da insuficiência.

Observa-se, então, que, se “a tarefa do direito penal é a luta contra o crime”, nem por isso tal se constitui numa missão exclusiva dele. Pois, assim como nem todo fato ilícito é um ilícito penal, o adimplemento deste ônus também pode ser realizado por outros ramos do sistema e só deve ser direcionado aos auspícios das ciências criminais quando as demais fontes estiverem ausentes, falharem ou relevarem-se como insuficientes na defesa dos bens jurídicos devidamente eleitos.⁹³⁴

Ainda assim, e bem por isto, diante da necessidade de coibir certos arbítrios e garantir outras liberdades, permitindo, ordenando, proibindo e sancionando, situações existem nas quais o Estado não pode furtar-se do Direito Penal e da sua força para inibir as vontades avessas às prescrições legais, as quais têm como finalidade proteger os objetos merecedores e necessitados,⁹³⁵ num sistema pautado pela Constituição.

Desta forma, uma vez que “tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo”,⁹³⁶ daí resulta que os desejos individuais devem ceder à vontade geral naquilo que esta for dirigida à manutenção da ordem jurídica e da paz social. De onde, apesar dos direitos e das liberdades, ao cidadão não é disponibilizada a faculdade de praticar toda e qualquer ação, na medida em que, no polo contrário, também estão os direitos fundamentais dos seus pares, que rogam proteção.

Afinal, as “garantias constitucionais são de todos os cidadãos, culpados ou inocentes, processados ou não”; não se podendo falar em Estado Democrático de Direito sem a “efetiva proteção dos direitos e das liberdades fundamentais”.⁹³⁷ Trata-se, pois, de um compromisso constitucional e que determina a intervenção estatal,

⁹³⁴ TOLEDO, op. cit., p. 6, 14 e 17 referindo Maurach no tocante à citada tarefa do direito penal.

⁹³⁵ LISZT, op. cit., p. 72 e 139-43; e GARCIA-PABLOS, Antônio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 1995, p. 38-41

⁹³⁶ NABAIS, José Casalta, A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2005, p.10.

⁹³⁷ GIACOMOLLI, op. cit., 2006. p. 216-7. Ver FELDENS, *Direitos fundamentais* [...], op. cit., 2008, p.71 e 95; e MUÑOZ CONDE, op. cit., 1975, p. 58-9.

inclusive pelas vias penais, na missão de preservar tais direitos e a sua ordem de valores.

Mesmo porque, a ordem de proibições e obrigações emanadas da Constituição, e que os direitos fundamentais impõem ao poder público, é que propicia as condições de convivência necessárias à manutenção da sociedade e do próprio Estado. De modo a configurar um modelo social e democrático no qual existem questões sobre as quais o legislador não pode decidir e outras sobre as quais não pode deixar de decidir.

Diante do que, espera-se rumar para um modelo de Direito Penal que propiciea tão almejada paz social, garantindo a segurança pessoal e os direitos fundamentais sem arbítrios e omissões. Dirigido à tutela de bens jurídicos, mas limitado às ofensas mais graves e ao esgotamento de outras formas de controle, de modo a guardar equilíbrio entre os delitos e as sanções, baseado em valores de justiça e dignidade humana.

Para tanto, o princípio da proporcionalidade, como um todo, apresenta-se com o significado de que o Estado não deva agir com demasia, ao mesmo tempo em que não deve operar de forma deficiente na consecução dos seus objetivos e obrigações. De tal forma, que a missão do sistema na tutela dos direitos e das garantias fundamentais passa a ser traduzida por uma proteção eficaz, que não seja deficiente e nem excessiva. Razões pelas quais, podemos concluir que o princípio da reserva legal seguiu uma evolução, chegando ao presente como o postulado da “reserva da lei proporcional”.⁹³⁸

Nas circunstâncias específicas, tais considerações servem para reforçar ainda mais a necessidade de proteção do patrimônio cultural, enquanto direito social de característica fundamental, e com conexões com o meio ambiente e o urbanismo. A nota especial é que o bem jurídico em comento já foi previamente selecionado pelo constituinte e recebeu um mandado expresso de proteção penal. Mas a grande questão a saber é se o sistema pátrio consegue conferir uma proteção eficaz, bem como se os meios penais selecionados na lei dos crimes ambientais são capazes de fornecer uma tutela proporcional e eficiente, pontos que questionamos no presente estudo, em especial quando em cotejo com o ordenamento português, dotado de um

⁹³⁸ SCHOLLER, op. cit., p. 232.

estatuto protetivo próprio e tipos penais com maior abrangência e sanções mais modulares.

4.5 PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE DEFICIÊNCIA PENAL

Para avançarmos em nossa análise da efetividade da tutela do patrimônio cultural, aqui verificaremos as alterações pontuais que os subprincípios da proporcionalidade recebem em relação à perspectiva da proibição da insuficiência, a qual em determinadas circunstâncias determina o uso dos meios penais de proteção.

No caso, a proibição da proteção deficiente possui a mesma estrutura geral da proibição de excesso, sendo integrada pelos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É ainda composta de dois pressupostos, que consistem na ligação a um direito fundamental cuja posição de proteção esteja sendo afetada e a inclusão do ato legislativo examinado como uma intervenção no direito.

Conforme Pulido (2007), a adscrição “prima facie” a um direito fundamental, e que irá gerar ao legislador um dever de atuação, consiste aqui em realizar o objeto da posição jusfundamental na maior medida possível, de onde as questões tocantes à intervenção devem atentar para três variações, embora no mais observem a vedação do excesso.⁹³⁹

A primeira, é que aqui o objeto do controle de constitucionalidade é uma omissão ou uma norma que não protege o direito fundamental, ou que o tutela de forma deficiente, por não favorecer a sua realização na maior medida possível. Já a segunda, é que para produzir a afetação negativa de um direito fundamental de proteção é necessário que entre a abstenção legislativa ou a norma legal em exame e o direito relevante não haja um nexo de causalidade dirigido à realização do direito na maior medida do possível, ou seja, ela não é idônea para promover a proteção ideal. E a terceira, é que a omissão ou a norma não possuem uma relação de causalidade positiva ótima com o direito fundamental se não conduzir a um contexto

⁹³⁹ BERNAL PULIDO, op. cit., 3ª ed., 2007, p. 808.

em que a realização do direito fundamental seja realizada na maior medida possível.⁹⁴⁰

Especificamente sobre a proporcionalidade na proibição da insuficiência, a abstenção legislativa ou a norma que não proteja de maneira ideal o direito fundamental viola as exigências da *idoneidade* se não favorecer a realização de uma finalidade legal que seja legítima pela Constituição, porém, será idônea quando a favorecer de tal forma.

Já a omissão ou a norma que não tutele da forma devida um direito fundamental violará a *necessidade* quando existir outro modo de abstenção ou outra medida legal que favoreça a realização do direito fundamental de proteção, com a mesma ou ainda com maior intensidade, em condições que eram exigíveis.⁹⁴¹ Nesta fase específica, segundo a posição dominante, é que residiria o exame da medida mínima necessária à realização do dever de tutela do direito fundamental, e que então representa um limite inferior na liberdade de configuração do legislador.

Por fim, a abstenção legislativa ou a norma que não proteja de maneira correta o direito fundamental vulnera o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* quando o grau de favorecimento do fim legislativo é inferior ao grau aquele em que o direito fundamental de proteção não se realiza, sendo insuficiente para tal tutela.

Logo, observa-se que a proibição de insuficiência trata-se de categoria dogmática autônoma que não se confunde com o dever de proteção e que difere da vedação de excesso, possuindo critérios que não tornam possível uma transposição direta desta para aquela sem adaptar os vetores do princípio da proporcionalidade, mesmo que para a solução do conflito sejam utilizadas as técnicas da ponderação.⁹⁴²

No tocante às diferenças, nos direitos de defesa para não violar a proibição de excesso o que se roga é a abstenção estatal de intervenção restritiva contra o indivíduo. Enquanto que para não incidir na proteção deficiente deverá o Estado adotar algum meio eficaz à tutela do bem, a partir da ponderação de valores e juízos

⁹⁴⁰ BERNAL PULIDO, op. cit., 3ª ed., 2007, p. 808-9.

⁹⁴¹ BERNAL PULIDO, op. cit., p. 809-10, explica que aqui é preciso que a “carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del Parlamento.” Por exemplo, se implicar a não intervenção em um direito fundamental de defesa, como a liberdade. Ainda, deve ser observada a devida simetria com a proibição de excesso.

⁹⁴² CANARIS, op. cit., 2003, p. 67-8.

de prognose.⁹⁴³ Para Karl Hain, quando um direito fundamental é invocado como defesa, “a questão é saber se o legislador foi longe demais”, mas quando tal é arguido como dever de tutela, trata-se de saber “se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado”.⁹⁴⁴

Assim, na proibição de excesso o critério da necessidade figura como uma grandeza vinculada a um determinado e concreto ato legislativo, cujo controle limita-se ao âmbito interno da lei. Enquanto que, na insuficiência, o exame da necessidade refere-se ao um dever de proteção estatal relativo a um vetor que transcende o ato legislativo concreto e está baseado diretamente num valor de índole constitucional.⁹⁴⁵

Também, considerando que a vedação do excesso requer a omissão de todas as medidas prejudiciais ao direito fundamental, e a da insuficiência a adoção de alguma que seja eficaz para a sua proteção, a situação de inconstitucionalidade, produzida por aquela, pode ser interrompida na via judicial por si só com a cessação do ato lesivo. Enquanto que a inconstitucionalidade por omissão estatal verificada judicialmente não permitiria, por si só, determinar qual será a escolha devida nessas circunstâncias.⁹⁴⁶

De qualquer modo, o conjunto do atendimento das exigências da proibição de excesso e de insuficiência não deve ser realizado de forma isolada uma da outra, mormente quando se trata do controle de aplicação dos deveres de tutela. Ocorre que, nesta hipótese, sempre incidirá uma potencial afetação de bens alheios, o que se torna ainda mais claro e presente na área penal, com potencial para uma intervenção direta na dimensão dos direitos de defesa do indivíduo, assim como as benesses de índole criminal afetam o âmbito dos direitos de proteção.

Com efeito, não se trata aqui de arguir ou rejeitar simetrias, mas de apontar a incidência de uma “concordância prática multipolar orientada pela otimização

⁹⁴³ JARASS, Hans, 1985, p. 382 ss., *apud* NOVAIS, op. cit., p. 93. Para ALEXY, op. cit., 2008, p. 461-2, quando houver apenas uma ação adequada será ela a necessária para tal fim de proteção.

⁹⁴⁴ HAIN, 1993, p. 982 e ss., *apud* GRIMM, op. cit., p. 162. Embora criticado, Hain ainda que aquilo que “corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade” na proibição de excesso, equivaleria ao mínimo exigível na vedação da insuficiência; *apud* SARLET, op. cit., 2008, p. 231.

⁹⁴⁵ DIETLEIN, Johannes, 1995, p. 136-7, *apud* SARLET, op. cit., “Direitos [...]”, 2008, p. 232-3.

⁹⁴⁶ LÜBBE-WOLFF, Gertrude, 1988, p. 37 ss. e 226 ss., *apud* NOVAIS, op. cit., 2003, p. 93-4, explicando que no excesso o oposto da ação indevida é a sua omissão, mas na abstenção estatal – que difere de uma medida deficiente – não haveria como indicar, propriamente, qual o ato se oporia àquela omissão.

recíproca de todos os bens jurídicos envolvidos na relação multipolar de direito constitucional, com vistas à maximização de sua eficácia”,⁹⁴⁷ evitando excessos ou insuficiências indevidas, em cujo exame e aplicação prática ambos os vetores devem ser considerados.

Incluso, tais fatores foram enfrentados pelo TCF, na BVerfGE 90, 145, ao firmar que o plano do legislador de proibir de forma abrangente a relação com produtos de canábis não infringe a proibição de excesso, mesmo valendo-se dos meios penais para impor tal cominação, o que se justifica pelos “fins almejados de proteção da população” dos males da droga e crimes daí decorrentes. Afinal, a Constituição “obriga o Estado a posicionar-se como protetor e incentivador” dos direitos à vida e à integridade, o que seria “deturpado, convertendo-se em seu oposto”, se lhe fosse vedada tal criminalização.⁹⁴⁸

Assim, o dever de prestação normativa de índole penal repousa numa relação complementar entre as funções delimitadoras e fundantes do Direito Penal, as quais não podem ser vistas de forma dissociada. Tendo em vista que, numa face o Estado pode estar obrigado a conferir uma proteção apropriada a determinado bem jurídico, mas na outra, esta é submetida a determinados limites, requerendo um juízo de ponderação entre os direitos colidentes, de modo a observar a dupla face da proporcionalidade.

Formam-se aqui dois limites, um da proibição do excesso em face dos direitos de liberdade e, o outro, da proibição da proteção deficiente frente aos direitos de tutela, onde este opera como a medida mínima do atuar legislativo e aquele como a máxima. Ou seja, “de um lado, um limite garantista intransponível (intervenção necessariamente mínima); de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção minimamente necessária).” Porém, “limites máximos de intervenção podem conviver com limites mínimos”, já que um modelo de Direito Penal não se contrapõe ao outro.⁹⁴⁹

4.6 A PROTEÇÃO NA ITÁLIA E NA ESPANHA

⁹⁴⁷ CALIESS, Christian, 2006, p. 330, *apud* SARLET, op. cit., “Direitos [...]”, 2008, p. 235.

⁹⁴⁸ BVerfGE 90, 145, Corte Constitucional alemã, 1994, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 248-63.

⁹⁴⁹ FELDENS, op. cit., 2007, p. 853-4. V. ainda FELDENS, op. cit., “Direitos Fundamentais [...]”, 2008, p. 93; e FELDENS, op. cit., 2005 p. 128.

Com efeito, ainda que imprescindíveis, os mecanismos penais não são o único instrumento de tutela, sendo que diversos países têm adotado um modelo especial protetivo do seu patrimônio cultural. Para tanto, estabelecem diversos dispositivos civis com instrumentos variados, os quais vão conferindo diferentes níveis de proteção. Junto, integram elementos de ordem administrativa e adicionam sanções penais, para os casos de risco e ataque a bens culturais. Um dos focos deste estudo será o sistema português, mas a Europa possui outros modelos legislativos bem-sucedidos.

Exemplo disto temos na Itália, onde o artigo 9º da Constituição determina que a “República promove o desenvolvimento da cultura [...] tutela a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação.”⁹⁵⁰ E, em atendimento a este comando, foi editado o Decreto Legislativo nº 42/2004, o Código dos Bens Culturais e da Paisagem, o qual prevê nos seus artigos 1º, 3º e 6º que a “tutela e valorização do patrimônio cultural contribuem para a preservação da memória da comunidade nacional e do seu território e para a promoção do desenvolvimento da cultura”. Esta proteção deve consistir no exercício de funções e atividades, com o objetivo de “identificar os bens que constituem o patrimônio cultural e para garantir a sua proteção e conservação para fins de uso público”.

Entre os critérios de valoração de bem cultural seriam os móveis, imóveis e paisagísticos que “apresentam interesse artístico, histórico, arqueológico, antropológico, arquivístico e bibliográfico e de outra coisa individual da lei ou aquelas que com base na lei testemunhem os valores da cidade”. A consistência e o rol dos bens culturais estão no seu art. 10.⁹⁵¹ Quando públicos, tais bens “são destinados à

⁹⁵⁰Disponível em: <http://www.areaseg.com/bib/29%20-%20Constituicao%20de%20Países/Constituicao-Italia.pdf>. Acessado em: 23 jun. 2021. Ver RIMOLI, Francesco. Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale. In: *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, Org.: BATTELLI, Ettore, Roma: Roma TR E-Press, 2017, p. 91-114. Disponível em: <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/02/Patrimonio-culturale-profil-giuridici-e-tecniche-di-tutela.pdf>. Acessado em: 23 jun. 2021; e PISANESCHI, Andrea. Diritto costituzionale. Torino: G. Giappichelli, 2015.

⁹⁵¹ Art. 10. Bem cultural

1. São bens culturais a coisa imóvel e móvel pertencente ao estado, a região, e a qualquer outro ente público territorial, bem como para todos os outros entes do instituto público e a pessoa jurídica privada sem fins lucrativos, inclusive aqueles entes religiosos civilmente reconhecidos, que apresentem interesse artístico, histórico, arqueológico e antropológico.

2. São ainda bens culturais:

fruição da coletividade, compativelmente com a exigência de uso institucional e sempre que não se oponha razão legal”.⁹⁵²

Já a valorização consistirá no “exercício de funções e na regulamentação de atividades que visem a promoção do conhecimento do património cultural e a garantia das melhores condições de uso e gozo público do próprio património”, além da sua conservação.⁹⁵³

a) As coleções de museus, pinacotecas, galerias e outros lugares expositivos do estado, da região, e de outros entes públicos territoriais, bem como todos os outros entes de instituição pública;

b) Os arquivos e documentos do estado, da região, de qualquer outro ente público territorial, inclusive qualquer outro ente de instituição pública;

c) As coleções da biblioteca do estado, da região, de qualquer outro ente público territorial, além de qualquer outro ente e instituição pública, com a exceção do acervo que cumpra função de biblioteca indicada no artigo 47, parágrafo 2 do d.p.r. de 24 de julho de 1977, n. 616.

3. São ainda bens culturais, quando a declaração é inteiramente prevista no artigo 13.

a) A coisa imóvel e móvel que apresente interesse artístico, histórico, arqueológico ou antropológico particularmente importante, pertencente a sujeito diverso daquele indicado no parágrafo 1.

b) Os arquivos e documentos individuais, pertencentes a particular, que possuam interesse histórico particularmente importante;

c) O acervo bibliográfico, pertencente a particular, de excepcional interesse cultural;

d) A coisa imóvel e móvel, pertencente a qualquer um, que detém interesse particularmente importante a causa de seu referimento com a história política, militar, da literatura, de arte, de ciência, de técnica, da indústria e da cultura em geral, incluindo aqueles que testemunhem a identidade e da história da instituição pública, coletiva ou religiosa

D – bis) a coisa, pertencente a qualquer um, que apresente interesse artístico, histórico, arqueológico e antropológico excepcional pela integridade e a competência do património cultural da nação;

e) A coleção ou série de objetos, pertencente a qualquer um, que não seja abrangido por aqueles indicados no parágrafo 2º e que, por tradição, fama e particular característica ambiental, que tenha relevância artística, histórica, arqueológica, numismática e antropológica, apresentando como complexo um excepcional interesse.

4. São compreendidas as coisas indicadas no parágrafo 1 e no parágrafo 3, letra a:

a) A coisa que interesse a paleontologia, a pré-história e a primitiva atividade;

b) A coisa de interesse numismático que, em relação à época, a técnica e o material de produção, bem como contexto de referência, tenha característica de raridade ou de prestígio;

c) O manuscrito, o autógrafo, a correspondência, o incunábulo, além dos livros, a impressão e as gravuras com relativa matriz, que tenha característica de raridade ou de prestígio;

d) A carta geográfica e partitura musical que tenha característica de raridade e de prestígio;

e) A fotografia, com seus respectivos negativos e matriz, a película cinematográfica e de suporte audiovisual em geral, que contenha característica de raridade e prestígio;

f) A vila, o parque e o jardim que contenha interesse artístico ou histórico;

g) A praça pública, via, estrada e qualquer outro espaço aberto urbano de interesse artístico ou histórico;

h) O sítio mineral de interesse histórico ou antropológico;

i) Os navios e os flutuadores que possuam interesse artístico, histórico ou antropológico;

j) A arquitetura rural que tenha interesse histórico ou antropológico que testemunhe a economia rural tradicional.

⁹⁵² Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>. Acessado em: 22 jun. 2021. Ver mais em: MABELLINI, Stefania. La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello, Turin: G. Giappichelli, 2016.

⁹⁵³ Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>. Acessado em: 22 jun. 2021.

A tutela será exercida por meio de catalogação, vigilância, inspeção. De acordo com o Capítulo III para efetivar a proteção e conservação estão previstos como instrumentos que as intervenções sejam vedadas, ou realizadas apenas por autorização, a prescrição de ordem indireta (como o estabelecimento de distâncias em relação ao objeto), e a expropriação de bens (quando esta responder a um importante interesse da maioria e as condições da tutela para fim de fruição pública).⁹⁵⁴

Tal código contém diversas disposições de ordem protetiva e além das cominações civis contempla sanções de ordem administrativa, como no caso do art. 160 o qual determina que se o bem cultural sofrer algum dano o responsável por este deverá realizar às suas custas as obras de restauro necessário. Em nível criminal possui onze tipos definidos entre os artigos 169 a 181, contemplando previsões como em relação ao sujeito que sem autorização demolir, retirar, modificar, restaurar ou executar obras de qualquer espécie sobre o patrimônio cultural; ou de quem ceder bens culturais para uma utilização incompatível com seu caráter histórico, artístico ou prejudicial para a sua conservação ou integridade; ou realizar apossamento de bens culturais do Estado; ou operar pesquisas arqueológicas não autorizadas.⁹⁵⁵

A partir de modificações com a Lei nº 22 de 9 de março de 2022 foi alterado o Código Penal⁹⁵⁶ e introduzidas novas disposições⁹⁵⁷ em matéria de crime contra o

⁹⁵⁴Disponível

em:

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-02-24&atto.codiceRedazionale=004G0066. Acessado em: 07 abr. 2021.

⁹⁵⁵ Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>. Acessado em: 22 jun.2021.

⁹⁵⁶ Até então tínhamos o delito de dano qualificado do art. 635.1, que punia quem “destrói, dispersa, deteriora ou torna, no todo ou em parte, bens móveis ou imóveis inúteis”, mediante violência, ameaça ou durante interrupção de serviço público, bem como contra edifícios públicos, de uso público ou de utilidade pública, ou “coisas de interesse histórico ou artístico onde quer que se encontrem ou edifícios incluídos no perímetro de centros históricos”. Aliava-se a este o art. 733 do Código Penal com um tipo de dano, punindo quem “destruir, deteriorar ou de qualquer forma danificar monumento ou outro bem cujo valor seja conhecido”, o qual tem ainda como consequência o confisco do objeto danificado. Também era punido o furto de objeto existente em repartição pública, ou destinado ao serviço público ou de utilidade pública, o que limita em favor dos bens culturais móveis, como obras de arte, ação que pode ser agravada no caso de uso de violência contra a coisa, fraude ou destreza. Ainda, é sancionado o ato de desfigurar e conspurcar objeto de interesse histórico ou artístico. Em todas as hipóteses examinadas a pena máxima pode chegar até seis anos, além de multa. E, por fim, artigo 419º do Código Penal pune quem praticar atos com pena de prisão de 8 a 15 anos de devastação ou pilhagem sem com isso pretender ameaçar a segurança do Estado. Disponível em <https://www.brocardi.it/codice-penale/>. Acessado em: 22 jun. 2021. Sobre a anterior tutela penal vide

patrimônio cultural.⁹⁵⁸ Entre os tipos que atingem o bem cultural e que estão listados no art. 518, e na sua sequência, temos: furto; apropriação indébita; receptação; emprego de bem cultural proveniente de delito; reciclagem e auto reciclagem; falsificação de documentos privados relativos a bem cultural; violação em matéria de alienação de bens culturais; importação ilícita, saída ou exportação ilícita de bens culturais e contrafação de obras de arte.⁹⁵⁹

Ainda, de acordo com o objeto maior do nosso estudo, destacamos os delitos de distribuição, dispersão, deterioração, desfiguração e uso ilícito de bem cultural ou paisagístico (art. 518 doze),⁹⁶⁰ o qual ainda antecipa as barreiras de proteção, na hipótese da destinação de bem cultural para uso incompatível com as suas

MANES, Vittorio. La tutela penale. In: Il diritto dei beni culturali. BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo (Org.), Bologna: Il Mulino, 2003, p. 219-248.

⁹⁵⁷ Sobre a anterior tutela penal vide MANES, Vittorio. La tutela penale. In: Il diritto dei beni culturali. BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo (Org.), Bologna: Il Mulino, 2003, p. 219- 248; DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. Codice penal commentato parte speciale, Roma: Ipsoa, 1999, 3906-7; GUIASASOLA LERNA, Cristina. La tutela penal del patrimonio cultural en el derecho italiano y su perspectiva de reforma. In: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, GUIASASOLA LERNA, Cristina (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 59-88.

⁹⁵⁸ MAGRI, Geo; e FRANCA, Marcílio. A Itália e a reforma penal da tutela dos bens culturais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-25/magri-franca-italia-tutela-bens-culturais>. Acessado em 02 abr. 2022, explicando que: No caso de crimes contra o patrimônio cultural serem cometidos em benefício de uma pessoa jurídica, a nova lei prevê ainda a aplicação ao ente das sanções administrativas, pecuniárias e inabilitantes previstas no Decreto Legislativo nº 231/2001, que disciplina a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas. Na Itália, já há algum tempo, esperava-se um aumento das penalidades por saque, roubo e vandalismo de bens culturais. [...] Sem esquecer dos aspectos processuais, a norma também fortalece as ferramentas disponíveis para as autoridades de investigação, introduzindo a possibilidade de escutas telefônicas e atividades secretas de investigação no âmbito de alguns dos crimes do novo Título VIII-bis do Código Penal italiano. Também prevê prisão em flagrante e julgamento direto em caso de crimes contra o patrimônio cultural. [...] O Ministro da Cultura da Itália, Dario Franceschini saudou com entusiasmo a aprovação da nova legislação, afirmando que aquele era um "dia histórico" para a cultura italiana, já que a reforma não representa apenas um grande avanço na proteção do patrimônio cultural e na luta contra o tráfico ilícito de obras de arte, mas também reafirma a centralidade da cultura nas escolhas políticas da Bota. [...] Espera-se, sobretudo, que o reforço do sistema sancionatório de proteção do patrimônio cultural contribua para uma maior sensibilização dos cidadãos — de dentro e de fora da Itália — para a centralidade da cultura entendida como bem comum da humanidade. A aprovação de leis como essa é uma arma eficaz inclusive contra aqueles que, aproveitando-se de guerras e conflitos, pretendem saquear, danificar ou destruir o patrimônio cultural de Estados, povos e nações.”

⁹⁵⁹ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 22-03-2022, nº 68; e Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale. Dossier nº 32/2, 19 jan. 2022. Disponível em: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/03/gi0031b-1.pdf>. Acessado em 02abr. 2022.

⁹⁶⁰ Art. 518 – doze (distribuição, dispersão, deterioração, desfiguração e uso ilícito de bem cultural ou paisagístico) – Aquele que destrói, dispersa, deteriora ou torna em todo ou em parte, inutilizável ou não fruível bem cultural ou paisagístico próprio ou de outrem é punido com reclusão de 02 a 05 anos e com multa de 2.500 a 15.000 euros.

Aquele que, fora dos casos do primeiro parágrafo, deturpa ou desfigura bem cultural ou paisagístico próprio ou de outrem, mesmo que, destina bem cultural a um uso incompatível com seu caráter histórico artístico causando prejuízo a sua conservação ou integridade é punido com reclusão de 06 meses a 3 anos e com multa de 1.500 a 10.000 euros.

características. E também o ilícito de devastação e pilhagem/saque de patrimônio cultural e paisagística (art. 518 treze),⁹⁶¹ o qual possui a pena mais elevada, de 10 a 16 anos de prisão.

Além dos referidos, temos casos de isenção de pena, atenuantes e agravantes que elevam a pena de um terço à metade, como quando o delito “causa um dano de relevante gravidade”. Também, está previsto o confisco de coisas e bens que tenham se constituído em objeto de crime. E o ilícito cometido no exterior será punido se causar dano ao patrimônio cultural italiano. Assim, para muito além do aspecto sancionatório,⁹⁶² o marcante é que o sistema italiano conseguiu atender às demandas constitucionais e criar um código dirigido especificamente para a tutela dos seus bens culturais e da paisagem. Um importante mecanismo contendo previsões das formas mais variadas para exercício da sua função maior que é a proteção do seu patrimônio cultural.

A tutela realiza-se de diversos modos e com gradientes diferentes, em tal escala que na hipótese de os dispositivos civis falharem terá ao seu alcance sanções administrativas – inclusive com a possibilidade de desapropriação do objeto sob risco ou ataque – e, para além destas, cominações de ordem penal, com tipos atuais, dos mais variados e abrangentes, criando uma teia completa de tutela, num quadro protetivo amplo. Inclusive, a tutela do patrimônio cultural imóvel italiano é determinada pelo art. 175 do Decreto Legislativo de 22-01-2004.

⁹⁶¹ Art. 518 – treze (devastação e pilhagem/saque de patrimônio cultural e paisagística) – Qualquer pessoa que não seja a referida no artigo 285 que comete atos de devastação ou pilhagem tendo como objeto patrimônio cultural ou paisagístico ou instituições e locais culturais é punido com prisão de 10 a 16 anos.

⁹⁶² DEMURO, Gian Paolo. Verso la riforma dei reati contro i beni culturali: approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega per l'introduzione nel codice penale delle più gravi forme di aggressione al patrimonio culturale. In: *Diritto Penal Contemporaneo*, 1/2017, p. 193-4, Disponível em:

https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_1_2017.pdf#page=193. Acessado em: 23 jun. 2021, comenta a aprovação de projeto de reforma dos crimes contra o patrimônio cultural e a introdução de formas mais graves de delito, posicionando-se que para a melhor proteção o ideal seria “inserir no código penal um título especificamente dedicado aos crimes contra o patrimônio histórico-artístico”. Ver também: VERMASSARO, Antonella. Diritto penale e beni culturali: aporie e prospettive. In: *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, op. cit., p. 179-191. Disponível em: <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/02/Patrimonio-culturale-profili-giuridici-e-tecniche-di-tutela.pdf>. Acessado em: 23 jun. 2021; VISCONTI Arianna, *Diritto penale dei beni culturali*, Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-penale-dei-beni-culturali_%28Diritto-on-line%29/. Acessado em: 23 jun. 2021; e PASQUALE Troncone. La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 C.P. In: *Diritto Penal Contemporaneo*, Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4572-la-tutela-penale-del-patrimonio-culturale-italiano-e-il-deterioramento-strutturale-del-reato-dell-a>. Acessado em: 23 jun. 2021.

Igualmente, a formação deste integrado arcabouço de proteção está atenta aocomando constitucional, à importância coletiva que possui o objeto em questão, à sua não transitoriedade temporal, à preponderância do interesse público sobre a propriedade privada, e à fruição multifuncional e multigeracional que os bens culturais devem oferecer para a comunidade a qual pertencem.

Com efeito a previsão dos crimes contra o patrimônio cultural no código criminal, e não tão somente em legislação dispersa, confere elevada ênfase ao bem jurídico, dando a ele uma evidência especial em uma tabela de valores cuja defesa éindispensável para a sociedade. O que, somado a sua própria integração com o meio ambiente, faz com que ambos compartilhem da essência de um *bem-meio* para a salvaguarda e desenvolvimento da personalidade humana.⁹⁶³

Tanto o patrimônio cultural, como o ambiental, mantém a características comuns que expressam “coisas, valores, interesses e sobretudo a função ideal, o que os torna particularmente vulnerável, uma vez que esta função corre o risco de não poder ser reconstituída nas hipóteses” em que o objeto for danificado ou anulado em condições que os tornem indisponível para uso coletivo. Tais características “destacam a necessidade de um sistema de proteção progressivo e modulado, equipado com ferramentas de sanções”, além de medidas de recompensa e de “formas de antecipação de proteção para reduzir ao máximo as condutas que se enquadram nos casos ofensivos mais graves”, o que conduzirá a punição dos responsáveis, embora nem sempre leve à reconstituição da função cultural do bem.⁹⁶⁴

A reforma italiana com a criação no Código Penal de um título especificamente dedicado aos crimes contra o “patrimônio histórico-artístico” marca um novo momento de proteção penal direta afirmada pela centralidade do patrimoniocultural como bem protegido de forma autônoma, progressiva e modulada, cujo bem jurídico é autônomo e a sua valia vai além do seu aspecto material, formando um sistema de ampla proteção, independente do seu objeto ser público ou privado.⁹⁶⁵

⁹⁶³ DEMURO, Gian Paolo. La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: Per un sistemaprogressivo di tutela. Revista Sistema Penale 2/2022, p. 7. Disponível em: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1643755388_demuro-2022a-riforma-reati-patrimonio-culturale-ddl-ac-893-b.pdf. Acessado em 02 abr. 2022.

⁹⁶⁴ DEMURO, op. cit., p. 8.

⁹⁶⁵ DEMURO, op. cit., p. 25-8.

Prosseguindo, os artigos 9º.2, 44 e 46 da Constituição da Espanha determinam que os poderes públicos devem “remover os obstáculos que impedem o dificultam em sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos” na vida cultural. Ainda devem “promover e proteger o acesso à cultura, a que todos têm direito”, devendo também “garantir a conservação e promover o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico dos povos espanhóis e dos bens que o integram”, independente do seu estatuto jurídico e da propriedade. Para tanto, além das outras formas de proteção, a “lei penal punirá as ofensas contra esse patrimônio.”⁹⁶⁶

Diante do que, é editada a Lei 16/1985, de 25 de junho, do Patrimônio Histórico Espanhol, a qual prevê no seu preâmbulo e artigo 1º que o seu objeto é “a proteção, valorização e transmissão às gerações futuras do Patrimônio Histórico espanhol”, e que tais funções, acrescidas do “enriquecimento do patrimônio que o compõe, constituem obrigações fundamentais que vinculam todos os poderes públicos”, nos termos do mandato constitucional.

Por tal sistema os bens mais relevantes devem ser declarados de interesse cultural nível de máxima proteção para bens móveis e imóveis), ou inventariados (para os bens mais relevantes), além das categorias do censo e catálogo para os bens bibliográficos e documentais. A partir da tutela específica passam a gozar de proteção singular, de tal forma que deverão ser “conservados, mantidos e tutelados pelos seus proprietários”, ou pelos titulares dos bens ou dos seus direitos reais. Além disso, as “autoridades públicas devem enviar todos os esforços para preservar, consolidar e melhorar” os bens culturais, sendo que para os bens imóveis tais ações devem ser direcionadas à “conservação, consolidação e reabilitação”. Com o reconhecimento como patrimônio cultural os bens adquirem a característica de inalienável, imprescritível, não sujeito a embargos, passam a gozar das prerrogativas e do regime tributário dos bens públicos estatais.⁹⁶⁷

Por sua vez, a utilização dos bens culturais, “fica sujeita aos valores que orientam a sua conservação, não podendo ser ameaçada” e “qualquer alteração de

⁹⁶⁶ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acessado em 22 de jun. 2021. Tradução livre do autor.

⁹⁶⁷ Artigos 9º e 39 da Lei nº 16/1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, Acessado em 22 de jun. 2021. Tradução livre do autor. Ver ACEDO PENCO, PERALTA CARRASCO, op. cit., p. 81, 86, 89, 90 e 115.

uso deverá ser autorizada pelos órgãos competentes”. Cabe à administração competente “impedir a demolição e suspender qualquer tipo de obra ou intervenção” em bem cultural. No caso de “perigo de destruição ou deterioração, ou de utilização incompatível com os seus valores,” ou do descumprimento de quaisquer das obrigações legais, terá como consequência a desapropriação pela administração do bem afetado, tendo como causa o interesse social. Ainda, os “bens que impeçam ou perturbem a contemplação dos bens afetados”, ou que impliquem riscos para os mesmos também podem ser desapropriados.⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ Artigos 36 a 39 da Lei nº 16/1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acessado em 22 de jun. 2021. Tradução livre do autor

Artículo treinta y seis

1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.
2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.
3. Cuando los propietarios o los titulares de derechos reales sobre bienes declarados de interés cultural o bienes incluidos en el Inventario General no ejecuten las actuaciones exigidas en el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 1.º de este artículo, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar su ejecución subsidiaria. Asimismo, podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que, en caso de bienes inmuebles, será inscrita en el Registro de la Propiedad. La Administración competente también podrá realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes. Excepcionalmente la Administración competente podrá ordenar el depósito de los bienes muebles en centros de carácter público en tanto no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad.
4. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente.

Artículo treinta y siete

1. La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural.
2. Igualmente podrá actuar de ese modo, aunque no se haya producido dicha declaración, siempre que aprecie la concurrencia de alguno de los valores a que hace mención el artículo 1.º de esta Ley. En tal supuesto la Administración resolverá en el plazo máximo de treinta días hábiles en favor de la continuación de la obra o intervención iniciada o procederá a incoar la declaración de Bien de Interés Cultural.
3. Será causa justificativa de interés social para la expropiación por la Administración competente de los bienes afectados por una declaración de interés cultural el peligro de destrucción o deterioro, o un uso incompatible con sus valores. Podrán expropiarse por igual causa los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgos para los mismos. Los Municipios podrán acordar también la expropiación de tales bienes notificando previamente este propósito a la Administración competente, que tendrá prioridad en el ejercicio de esta potestad.

Artículo treinta y ocho

1. Quien trate de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26 deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6.º y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores

A citada lei prevê sanções administrativas, mas a tutela criminal é desempenhada pelo Código Penal, por via de diversos dispositivos, neles encontramos a tipificação do furto, roubo e apropriação indevida de bem cultural. Já o crime de dano é previsto de forma genérica, sendo mais grave no caso de afetar propriedade de domínio, ou uso público, ou comunitário, ou o interesse geral, ou se afetar gravemente o funcionamento de serviço público especial. Nas figuras examinadas a pena máxima pode chegar até cinco anos e multa. Temos ainda o delito de incêndio, nas modalidades contra propriedade própria, floresta e que cause perigo para a vida ou integridade física de pessoas, podendo neste último caso a sanção chegar até vinte anos.⁹⁶⁹

deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.

3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal.

5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.

Artículo treinta y nueve

1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de la Ley.

2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento, las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas.

3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas.

⁹⁶⁹ Artigos 235 e 240, 254, 263.4, 264.6, 264.3, 351, 352 e 357, da Lei Orgânica 10/1995, Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acessado em 22 de jun. 2021.

Contudo, o mais marcante é o seu Título XVI que contempla os “crimes relacionados com o ordenamento do território e urbanismo, a proteção do património histórico e do meio ambiente”. Aqui temos seis tipos penais, incriminando as condutas de construir em áreas que tenham reconhecido o seu valor “cênico, ecológico, artístico, histórico ou cultural”, ou gozem de proteção especial, bem como da autoridade pública que tenha possibilitado tal construção; de “demolir ou alterar gravemente edifícios protegidos por seu interesse histórico, artístico, cultural ou monumental”, bem como do agente público que tal possibilitado tal prática; e de “causar danos a bens de valor histórico, artístico, científico, cultural ou monumental, ou a sítios arqueológicos, terrestres ou subaquáticos”; todos estes seja na forma dolosa ou culposa. A pena máxima prevista é de quatro anos, além de multa e da desqualificação especial para profissão ou cargo por até cinco anos.⁹⁷⁰

O art. 321 do Código Penal da Espanha⁹⁷¹ prevê o delito de derrubada ou alteração grave de edifícios protegidos pelo seu interesse histórico, artístico, cultural ou monumental, com pena de até 03 anos de prisão, além do possível encargo de reconstrução ou restauração.

Já o seu art. 323⁹⁷² prevê penas de até 03 anos no caso de danos contra bens de valor histórico, artístico, científico, cultural, monumental, arqueológicos e subaquático. No caso de dano de especial gravidade, poderá ainda ser imposta

⁹⁷⁰ Artigos 319 a 324, da Lei Orgânica 10/1995, Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acessado em 22 de jun. 2021. Especificamente sobre o delito de dano contra o patrimônio cultural ver ROMA VALDÉS, La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural. Granada: Comares, 2008, p. 55-66.

⁹⁷¹ Artículo 321.

Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

⁹⁷² Artículo 323.

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.

2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.

3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

superior. Interessante também que a justiça poderá determinar as custas do autor e das medidas possíveis e necessárias para a restauração do bem. No caso de dano contra espaço ambiental protegido, pelo art. 330⁹⁷³ a pena é de até 04 anos. Contudo, pelo seu art. 613⁹⁷⁴ a sanção pode chegar até seis anos de prisão, caso o delito contra os bens culturais sejam realizados por ocasião de conflito armado, ou com o uso indevido de tais bens em apoio à ação militar, ou mediante saque e vandalismo, ou em ataque como ataque em represália, podendo a pena ser imposta em grau superior em caso de destruição extensa.

⁹⁷³ Artículo 330.

Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

⁹⁷⁴ Artículo 613.

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a) en apoyo de una acción militar;

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a);

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el ordinal 10.º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

Não bastasse o Código Penal espanhol, na sua previsão de crimes contra o patrimônio possui previsão específica para o delito de furto de objeto de valor artístico, histórico, cultural ou científico, com pena de até 03 anos de prisão (art. 235),⁹⁷⁵ bem como o de apropriação indébita de tais bens (art. 254).⁹⁷⁶ Além disso, temos a determinação do art. 339,⁹⁷⁷ por parte do judiciário, da adoção das medidas necessárias pelo causador do fato,⁹⁷⁸ com vistas ao restauro do equilíbrio da situação ou para a proteção dos bens tutelados, em termos de patrimônio cultural, urbanismo e meio ambiente.

Embora o destaque principal na lei penal hispânica não seja o quantitativo da sanção,⁹⁷⁹ o que nos chama a atenção é a existência de um sistema completo de proteção do patrimônio cultural, por via de legislação específica e de diversos mecanismos escalonados, que contemplam a tutela civil, administrativa e penal, com

⁹⁷⁵ Artículo 235.

1. El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

1.º Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acessado em 19-abr-2022.

⁹⁷⁶ Artículo 254.

1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acessado em 19-abr-2022.

⁹⁷⁷ Artículo 339.

Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acessado em 19-abr-2022. ⁹⁷⁸

ROMA VALDÉS, op. cit., p. 127 chama a atenção para a hipótese do dano ser tal que torne irrecuperável o bem, defendendo que a justiça deve adotar, como medida complementar e amparado no art. 339, “la prohibición del uso del bien em forma incompatible com ele respeto a sua función administrativamente reconocida, además de intervenir el material obtenido a su consiguiente entrega a la Administración competente”. Ainda, a p. 151 cita “la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Sexta de 30 de abril de 2004 (BALLESTEROS) al amparo de los artículos 323 y 339 del Código Penal, impone a quien destruye un yacimiento que se enclavaba en un terreno de su propiedad medidas tendentes a evitar que con su acción criminal alcance un beneficio económico pretendido, en este caso, eliminando los obstáculos que le permitirían instalar un camping. Las medidas adoptadas consistieron en la preservación de la configuración administrativa del castro y la prohibición de realizar en el terreno cualquier actividad no dirigida a la difusión de la cultura castreña, con inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad y en el planeamiento urbanístico”.

⁹⁷⁹ A título de comparativo em termos de América do Sul, ROMA VALDÉS, op. cit., p. 47, nos informa que no Chile “El artículo 38 da Lei 17.288, de 1970, tipifica el delito de destrucción o perjuicios a monumentos nacionales. Em la medida que el saqueo destruya o provoque perjuicios al sitio será aplicado este tipo penal. Se establecen penas de cárcel, que van desde 61 días, hasta 5 años, dependiendo de la magnitud del daño”. Ver também ROMA VALDÉS, Antonio. La protección penal del patrimonio cultural en iberoamerica. In: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, GUIASASOLA LERNA, Cristina (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 297-318.

a atenção voltada aos múltiplos personagens que de alguma forma agiram ou se omitiram contra a integridade dos bens culturais e a possibilidade destes serem compelidos a arcarem com os danos e a despesas para o reestabelecimento do objeto.

Na espécie, o sistema espanhol está atento aos interesses da coletividade, da cidadania e da conexão destes com a função social da propriedade, que está subordinada às necessidades sociais de todos. Manifestam-se como direitos de índole fundamental dos cidadãos, como um princípio reitor da sua política social, cultural e econômica, com consequentes deveres dos poderes públicos, diante da assunção do compromisso constitucional de garantir a sua proteção, com a possibilidade de usufruto e participação dos seus cidadãos.

A partir do que, constituem-se num autêntico valor e guia para o Estado, no sentido de engendrar esforços para alcançar o bem-estar sociocultural dos seus cidadãos, operando de acordo com o próprio preâmbulo constitucional, no escopo de proteger os direitos humanos, a cultura, o progresso desta e as tradições do seu povo.⁹⁸⁰

4.7 A INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO PENAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Demonstramos que os direitos fundamentais reclamam prestações positivas para a sua defesa e sustentáculo, o que demanda uma atuação prática do Estado, inclusive com o devido implemento de medidas penais. Porém, uma tutela completa não é traduzível simplesmente com a edição de um tipo penal com referência a um bem jurídico, na medida que também pende o compromisso de que tal dispositivo possua um âmbito de eficácia suficiente e de razoabilidade para o exercício desta proteção.

⁹⁸⁰ OROZCO PARDO; PÉREZ ALONSO, op. cit. p. 134-7. Já o preâmbulo da Constituição Espanhola contém as seguintes diretrizes: “A Nação Espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover o bem de todos os que a compõem [...]. Consolidar um Estado de Direito que [...] Proteja todos os espanhóis e povos da Espanha no exercício dos direitos humanos, suas culturas e tradições, línguas e instituições. Promover o progresso da cultura e da economia para garantir uma qualidade de vida digna para todos. Estabelecer uma sociedade democrática avançada”. Sobre conservação ver GONZÁLES-VARAS, Ignacio. Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios e normas. Madrid: Catedras, 2008.

Para a satisfação deste débito protetivo o Estado dispõe de vários instrumentos, e no presente caso o penal é exigido e irrenunciável. Quando da configuração dos tipos incriminadores o legislador é dotado de um certo nível de discricionabilidade, o qual no caso do patrimônio cultural é mais reduzido por força dos comandos anteriores emanados da Constituição.

Neste mister, não existe a obrigação de adotar um nível máximo de tutela, o qual ainda que satisfatório e desejável também pode gerar algum efeito colateral em face dos direitos contrapostos restringidos. Contudo, tal não significa que a tutela mínima basta e, menos ainda, que o legislador está autorizado ao uso de figuras criminais de natureza meramente simbólicas e que não sejam capaz de desempenhar um patamar mínimo de proteção.

Ainda que se considere que o princípio da proporcionalidade exige atender “*um mínimo* constitucionalmente exigido, não é menos verdade que o conteúdo essencial define tão-somente *o mínimo dos mínimos*”. Também, podem existir restrições que apesar de excessivas não afetem o conteúdo essencial do direito atingido, assim como podem ser empregues soluções protetivas que são insuficientes.⁹⁸¹

De qualquer forma, a “intangibilidade do conteúdo essencial representa uma cláusula de segurança relativamente à atuação ou inação dos poderes públicos e do legislador em especial”. Ocorre que “nem todos os quadros legais que cingem à proteção jurídica do núcleo essencial de um direito são constitucionalmente aceitáveis”, na medida em que os “deveres de proteção de direitos fundamentais demandam mais do que isso” e, em regra, a própria proibição da insuficiência é sensivelmente mais ambiciosa. Fazendo com que a realização do *princípio da máxima efetividade* das normas constitucionais demande ainda mais, evitando a “redução sistemática e perversa dos direitos fundamentais ao seu *standard* mínimo”.⁹⁸²

No que diz respeito ao legislador, em casos como o do patrimônio cultural a sua liberdade de conformação é mais limitada, por conta do reconhecimento do bem jurídico e do mandado constitucional de criminalização. De onde aumentam o seu ônus e as suas responsabilidades no sentido da elaboração de normas, em especial

⁹⁸¹ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 609.

⁹⁸² SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 611-12.

a penal, capazes de representar uma tutela suficiente, eficaz e proporcional ao objeto grifado pelo constituinte, mormente em se tratado de bem que pode ser completamente aniquilado, a depender da intensidade do ataque.

Na hipótese presente, esta liberdade de conformação do legislador está “delimitada pelos preceitos constitucionais onde nascem e crescem os deveres estaduais de proteção, está igualmente sujeita ao influxo de inúmeros princípios constitucionais e das diretrizes [...] que dele derivam”. Entre tais princípios estão os de natureza geral, alguns mais restritos e outros que dizem respeito aos imperativos de tutela.⁹⁸³

Nos referidos princípios destacamos o da máxima otimização dos direitos fundamentais. E que na lição de Alexy “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Tais princípios são *mandamentos de otimização*, que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das ditas possibilidades e dos valores colidentes.⁹⁸⁴

Aqui, é preciso mencionar a existência de posicionamento no sentido de que o “nível de proteção garantido pelo princípio da proibição da insuficiência deve considerar-se atingido apenas quando o legislador” não puder ir mais longe, “concedendo ao direito em causa um nível de proteção superior”, diante das razões fáticas, jurídicas e dos direitos contrapostos. Tem-se aqui a maximização da proteção jusfundamental, na “escolha de meios de ação compatível com a mais elevada intensidade de proteção admissível”.⁹⁸⁵

Com efeito, tendo em conta que a proteção absoluta é impossível, o desejável poderia ser mecanismos que garantam a tutela mais plena exequível. Contudo, entendemos que diante da própria capacidade estatal e dos correlatos direitos restringidos, a máxima proteção não seria exigível. Ainda assim, também defendemos que o nível de tutela deve afastar-se ao máximo do piso e se aproximar o quanto possível do teto, não sendo obrigatória a proteção mais graduada, nem aceitável uma proteção meramente mínima.

⁹⁸³ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 572.

⁹⁸⁴ ALEXY, Teoria [...], 2008, op. cit., p. 90.

⁹⁸⁵ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 612.

Entretanto, considerando-se a timidez como sancionado os ataques ao *patrimônio cultural*, mormente diante do mencionado cotejo com os *crimes contra o patrimônio*, nos posicionamos que no presente caso estamos diante da hipótese de violação do princípio da proteção deficiente. Em especial, tendo em vista a forma como a tutela foi constitucionalmente imposta e “relação de conformidade entre o tipo e a intensidade dos meios nela envolvidos pelo legislador ordinário e o objetivo último fixado pela Lei Fundamental”.⁹⁸⁶

Tal constatação é reforçada levando em conta que os deveres de proteção não são “o campo por excelência para o legislador dar largas à sua imaginação criadora ou a eventuais tendências experimentalistas”. Em situação na qual o princípio da proibição da insuficiência “tem por função garantir que nenhum direito fundamental é deixado pelo legislador abaixo do nível de proteção imprescindível para assegurar o seu conteúdo essencial”.⁹⁸⁷

Conteúdo este que se esvairia por completo, como no caso da destruição de um casario tombado, cuja tutela penal é resguardada apenas pelo art. 62 da Lei nº 9.605/1998, com sanção máxima de três anos. Aqui, não há como negar que, ainda que o modelo penal não seja o único protetivo, a eficácia dissuasória “será tanto mais efetiva quanto mais gravosos forem, para os agentes, as consequências decorrentes da violação dos bens jurídicos em questão”, e também “quanto mais firme for a convicção dos cidadãos de que existem instituições capazes de extrair essas mesmas consequências com elevada probabilidade e prontidão”.⁹⁸⁸

Afinal, mais do que um operoso mecanismo para a salvaguarda de bens jusfundamentais, a eleição dos instrumentos penais foi previamente exigida para a tutela dos bens culturais, figurando como uma modalidade de considerável eficácia. De onde, não pode o legislador, o qual ainda está sujeito ao controle jurisdicional, abrir mão de tal ferramenta, rebaixar o seu grau de abrangência e, muito menos, empregá-la aquém de um mínimo adequado, necessário e proporcional.

⁹⁸⁶ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 576.

⁹⁸⁷ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 577 e 605.

⁹⁸⁸ SILVA, Jorge Pereira da; op. cit., p. 637 e 641. Acrescenta que a “protecção penal aparenta conter, de facto, todos os predicados para se constituir num verdadeiro cavalo de Tróia da repressão, permitindo ao legislador ordinário entrar de rompante no campo dos direitos fundamentais – isto é, num campo que deveria ser dominado pela ideia de liberdade e pelo seu exercício desinibido – e, a pretexto da defesa de uns, acabar por desfeitear outros tantos. De qualquer forma, os receios mais ou menos velados quanto ao uso abusivo da tutela penal não se têm de todo confirmado [...]. Por isso, a tutela penal de bens jusfundamentais permanece tão imprescindível”.

Por tais razões, cumpre reprisar que no caso dos delitos contra o patrimônio cultural o patamar sancionatório deveria ter sido avaliado com maior zelo e cautela do legislador, quando da elaboração do dito tipo penal. Já que diante do quilate do bem jurídico e do seu mandado constitucional ele se defronta com uma barreira intransponível que afeta a sua liberdade de modulação, na qual está o legislador restrito a parâmetros obrigatórios e preferencialmente acima de um mínimo, ainda que sem compromisso com o máximo de proteção.

Por sua vez, em termos de patrimônio cultural brasileiro, primeiramente o nosso sistema dispunha de institutos de direito civil, administrativo e processual, como os do Decreto-lei nº 25/37 e das Leis nº 6.513/77, nº 7.348/85 e nº 10.257/2001, que isolados ou reunidos, não seriam suficientes para a devida tutela do dito patrimônio. Um outro combina tais métodos com os de natureza penal, dos artigos 165 e 166 do Código Penal, os quais foram reforçados e atualizados por um terceiro meio, decorrente dos artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/98.

Aqui, os primeiros instrumentos por si só são importantes, mas ainda não são o bastante e devem ser qualificados. Já os da lei penal ofereciam uma proteção complementar. Mas e quanto aos tipos atuais, são suficientes e conseguem eles desempenhar o mínimo de tutela proporcional e constitucional?

A edição da Lei nº 9.605/1998 guarda consonância com a Constituição Federal, em especial, naquilo que diz respeito ao direito ao meio ambiente, e ao dever do Poder Público e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo, conforme o seu art. 225. Igualmente contempla nos seus artigos 62 a 65 a tutela penal do patrimônio cultural, de modo que não estamos em situação de omissão, nem de conflito em relação à Lei Maior. Mas, repetimos, será que estes dispositivos são capazes de quitar o comando de promoção e proteção do patrimônio cultural, bem como o mandado expresso de criminalização?

Na espécie, dando vazão ao cominado pelo constituinte o legislador adotouos mecanismos expressos na Lei dos Crimes Ambientais, objetivando uma melhor proteção bens culturais, ainda que possam representar mais restrições do ponto de vista penal. Por certo, tais instrumentos são uma evolução em relação aos cíveis, administrativos e penais existentes até então. Contudo, estão muito longe de

conferirem a tutela ideal, e são passíveis de questionamento se realmente estão oferecendo ao menos uma proteção mínima e como tal proporcional.

Tudo isto, considerando-se a categoria do bem jurídico, sua importância, posição constitucional e representatividade coletiva, em relação às sanções arbitradas para o caso de risco ou vulneração a ele, além do necessário cotejo em frente ao tratamento sancionatório que o mesmo sistema oferece em relação ao bem jurídico individual “patrimônio”, seja ele público ou privado.

Aqui, o contraste entre o mandato constitucional e a realização penal torna-se ainda mais abissal quando colocados lado a lado o tratamento conferido ao bem jurídico coletivo “patrimônio cultural”, em relação ao “patrimônio”. Basta por exemplo ver as previsões para o furto no art. 155 do Código Penal. Se for de um botijão de gás, será apenado com até quatro anos, algo já maior do que a destruição do nosso casario. Se o furto for de um bovino, pena de até cinco anos. Se for de um veículo a ser transportado para fora do Estado, até oito anos. Se for usado explosivo, pena de até dez anos.

Contudo, se um prédio tombado for destruído por explosão, a pena máxima ainda segue em até três anos. E a disfunção continua, se verificarmos outros ilícitos patrimoniais.⁹⁸⁹ Da mesma forma, o sistema sequer contempla a hipótese do crime ser cometido contra patrimônio cultural da humanidade, assim reconhecido pela Unesco, o que torna o bem de valia ainda maior e, por lógico, deveria receber uma proteção penal equivalente, como por meio de figuras qualificadas ou majorantes, no caso de atentados contra este especial objeto.

O paradoxo é ainda maior, se levarmos em conta que no antigo projeto de Código Penal de Nelson Hungria a pena do dano ao patrimônio cultural era equivalente ao furto simples, de 01 a 04 anos, e possuía um tipo penal bem completo: “Art. 176. Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de seu valor artístico, paisagístico, arqueológico, histórico, etnográfico ou bibliográfico”.

Não bastasse, os crimes contra o patrimônio também não possuem nenhum tipo de proteção específica no caso de serem cometidos contra objeto que seja considerado patrimônio cultural. Assim, o furto ou a receptação de um bem material

⁹⁸⁹ Como no caso do estelionato, com pena de até cinco anos e que pode dobrar, ou na receptação qualificada com até oito anos de reclusão, artigos 171 e 180 do CPB.

culturalmente tutelado, como uma obra de arte, segue sendo um delito comum, incidindo quando muito alguma qualificadora. Logo, ainda que socialmente mais danoso, segue sendo penalmente menos grave surripiar um quadro singular de centenas de anos, do que o abigeato de uma cabeça de gado, ou a subtração de um carro velho que é conduzido até o Estado vizinho para desmanche de peças.

Igualmente, nota-se que os crimes contra o patrimônio possuem um variável gradiente de tutela e sanção, o qual vai avançando na medida em que se intensifica o ataque ao bem jurídico. Todavia, no caso dos delitos contra o patrimônio cultural não dispomos dos mesmos níveis de manejo. Indiferente do nível de agressão o teto sancionatório será sempre o mesmo, de três anos. E todas as punições levam, ao menos em nível abstrato, a soluções negociais ou à substituição da pena privativa, sem contar a porta larga da prescrição frente a qual estão adstritos, tendo em vista que, repita-se, de todos, a sanção máxima prevista é de apenas três anos.

É indiscutível que a possibilidade de solução consensual representa uma evolução em termos processuais e penais, de modo que a existência destes mecanismos não seja um empecilho. Contudo, o problema reside no fato de que sempre, ao menos em abstrato, não importante o quão grave e fulminadora seja a depredação do objeto, a única resposta que o sistema oferecerá será a da justiça negocial e das medidas tão só restritivas, de rápida fluência prescricional.

Para nós, o grande contraste em relação a tais previsões está no fato de que o *patrimônio cultural* não é restituível. Pois, ainda que possível adotar algum método reconstrutivo, na verdade teremos uma edificação nova, uma réplica de si mesma, já que a original foi perdida e para sempre. Enquanto que nos delitos *patrimoniais* tratamos em regra de um bem fungível e, pois, restituível, ou, no mínimo, indenizável. Trata-se então de um autêntico problema na arquitetura normativa, a qual está incompatível com a premissa constitucional e não consegue aquilatar a verdadeira grandeza do bem.

Não há como ignorar que a sanção é um relevante índice de importância jurídica, estando ligada à própria ofensa ao bem jurídico. Assim como não podemos negar que estamos diante de um bem digno e merecedor de proteção penal. Porém, esta proteção previamente sindicada como adequada e necessitada, não está se realizando de forma razoável. E a cisão da sua proporcionalidade em sentido estrito

torna-se ainda mais alarmante, quando realizamos a sua comparação em relação à pena para os delitos patrimoniais.

No entanto, não queremos aqui dizer que o problema todo reside na quantia da pena, pois entendemos que a sua abrangência é ainda maior e que deve ser vista de forma mais aprofundada, assim como não cremos que o mero aumento penal seja, por si só, um remédio para este mal consistente em índices tão inferiores de tutela do patrimônio cultural. Na verdade, trata-se de uma questão sistêmica, de uma lacuna persistente, que ora é parcialmente preenchida por algumas disposições avulsas, por uma legislação antiga e por uma sanção penal tímida. E aqui, a solução mais compatível que defendemos é a construção de um estatuto próprio e compatível, com diferentes níveis de proteção administrativa, civil e penal e a sua graduação.

Para tanto, deveríamos ter um Estatuto do Patrimônio Cultural, o qual atenderia às normativas do art. 216 da Constituição Federal, nos mesmos moldes que temos hoje os Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, os quais são uma decorrência dos comandos dos artigos 227 e 230 da Carta Magna, respectivamente. E não se tratam de casos únicos, temos ainda o Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos mesmos moldes, e também o Estatuto da Igualdade Racial, cujo complemento penal é fornecido pela Lei nº 7.716/1989, a qual dispõe sobre os crimes de preconceito de raça e cor, atendendo às disposições do art. 5º, “caput”, XLII, da CF, sobre a igualdade e a criminalização do racismo, respectivamente.

A exemplo destes poderíamos ter um conjunto ordenado de direitos, garantias, medidas de proteção, infrações administrativas e crimes, os quais estariam dispostos de acordo com as categorias e os fins tutelados nos estatutos, ordenados de forma ascendente e gradual a partir da necessidade e relevância de tutela, além do grau de ameaça ou ataque ao bem jurídico.

Com efeito, convém grifar que a proteção penal dos bens culturais não reside na proteção do objeto em si ou de sua propriedade, mas, sim, na defesa da função social e coletiva dos bens culturais e daquilo que representam, pois são dotados de valia suprapatrimonial. Na espécie, não se tratam de objetos seriados e comuns, mas de bens irrepetíveis e infungíveis, os quais são tão sensíveis e limitados, de

modo que inclusive a possibilidade de reparação do dano pode não ser exequível. Ou seja, são passíveis de uma extinção tal que romperá por completo a continuidade de uma rica herança pretérita, levará ao fim da contemplação pelas gerações presentes e redundará na total impossibilidade da sua transmissão futura.

Prosseguindo, não se trata aqui de simplificar e afirmar que mais pena traduzir-se-á necessariamente em mais proteção penal, mas é gritante o fato de que no ordenamento pátrio a retribuição máxima prevista é a detenção de um a três anos para um caso de dano. Em termos práticos significa que a destruição de importantes casarios como os de Ouro Preto – MG, ou de enormes danos para as Ruínas de São Miguel – RS, ambos tombados nacionalmente e também reconhecidos pela Unesco, atualmente poderiam ser resolvidos em termos criminais inclusive sem a necessidade de processo, pois estariam contemplados na alçada do acordo de não persecução penal⁹⁹⁰ do art. 28-A, do Código de Processo Penal,⁹⁹¹ ou da suspensão condicional do processo do art. 89, da Lei nº 9.099/1995,⁹⁹² e quando muito

⁹⁹⁰ Sobre a sua aplicação nas hipóteses de delitos ambientais ver: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da Rocha. Acordo de não persecução penal em crimes ambientais, in: Estudos de direito penal ambiental, ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.) Belo Horizonte: Expert, 2021, p. 38-66.

⁹⁹¹ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. [...]

⁹⁹² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II -

proibição de freqüentar determinados lugares;

poderiam receber ao final as benesses das penas restritivas do art. 44,⁹⁹³ ou da suspensão condicional da pena, do art. 77⁹⁹⁴, caso o fato ainda não tenha sido alcançado pela prescrição, prevista no art. 109,⁹⁹⁵ todos do Código Penal.

Interessante pontuar que nestas hipóteses não penalizadoras, em regra, uma das condições é a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. O que acreditamos agravar ainda mais a situação em termos de hipoproteção, pois nos posicionamos pela irrepetibilidade do bem cultural destruído, na medida em que sua

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁹⁹³ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; [...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

⁹⁹⁴ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

[...]

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de freqüentar determinados lugares;

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁹⁹⁵ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3

(três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

reconstrução não seria autêntica e histórica, mas contemporânea e meramente inspirada na sua originalidade, a qual foi perdida para sempre com a sua extinção.

Portanto, somos levados a concluir que no caso do patrimônio cultural nos deparamos diante daquilo que Canotilho denomina como “*defeito de proteção*”, o qual surge quando da adoção de medidas insuficientes para garantir a devida tutela, em especial aqui, quando tal tarefa de índole penal desde já foi auditada como adequada e necessária, e figura como constitucionalmente exigível.

Na espécie, a opção legislativa por medidas penais dotadas de baixa suficiência está a ferir diretamente a cláusula da “*Untermassverboten*”, resguardada não apenas pelo princípio da proporcionalidade, mas pela nossa ordem constitucional que exige a tutela efetiva dos direitos fundamentais, os quais não podem ser atacados nem por agressões diretas e, muito menos, por omissões do Poder Público, quando este não é capaz de desempenhar uma tutela eficaz dos objetos mais elevados, e que previamente foram gravados pelo constituinte como bens jurídicos valiosos.

Infelizmente, entendemos que a atual conformação sancionatória dos referidos tipos não satisfaz as exigências mínimas de tutela, que o âmbito de proteção conferido não é suficientemente eficaz sob o prisma da proporcionalidade e que o modelo sancionatório eleito subavalia a importância do patrimônio cultural. Temos aqui como desde já indicada a adequação e a necessidade da medida penal, porém esta não se mostra razoável em termos concretos, da forma como configurada a sanção.

Em nosso entender, estamos diante de um *defeito de proteção* no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no qual o fim e as normas estão definidas pelo texto constitucional, porém, na prática, possuem um curto alcance, não pela omissão plena, mas parcial. É como se a ponte normativa construída para a proteção do patrimônio cultural, ainda que completa na sua extensão fosse por demais estreita e estivesse recoberta por sérios defeitos e falhas estruturais, as quais acabam por tornar o seu percurso difícil, extenuante, inconveniente e a exigir prontas reformas, para corrigir as suas faltas e permitir a correta e plena travessia segura para a qual foi concebida desde sempre.

Na mesma linha, acreditamos que o sistema pátrio está a preterir de forma flagrante e relapsa um objeto constitucional grifado, ao mesmo tempo em que tutela com muito maior cuidado outros bens jurídicos, como podemos verificar na análise comparativa já citada em relação aos crimes contra o patrimônio, o que demonstra até mesmo um desvio protetivo indevido.

Entendemos que a tutela em vigor ainda está abaixo do minimamente aceitável, de modo que a atual posição não seria capaz de satisfazer um âmbito de proteção razoável, seja pela forma pálida como as sanções foram configuradas, seja pela ausência de um catálogo legislativo especial destinado ao objeto em pauta.

Aqui o grau de favorecimento e o conteúdo legislativo restou aquém do constitucionalmente exigível, e não é capaz de atender na sua completude as exigências do direito social fundamental do patrimônio cultural. Em outras palavras, o que queremos dizer é que o legislador ordinário não foi capaz de traduzir na sua plenitude o conteúdo do art. 216 da Constituição Federal e segue com um largo débito, ainda que não total, mas o qual deve ser satisfeito.

Nessa toada interessante registrar o elucidativo modelo proposto por Pereira da Silva, sobre os níveis de proteção.⁹⁹⁶

VI – Proteção Absoluta
V – Proteção máxima permitida pelo princípio da proibição de excesso
IV – Proteção intermediária (ótima) decidida pelo legislador
III – Proteção mínima exigida pelo princípio da proibição de déficit
II – Proteção do conteúdo essencial
I – Proteção zero

Primeiramente, ambos os extremos são descartados (I e VI), pois a proteção absoluta e nula são representações teóricas. No nível de proteção do conteúdo essencial (II) a tutela não abarca o direito como tudo, ficando restrito ao seu núcleo principal, o qual então será garantido, mas, ainda assim, tal não satisfaz um padrão básico de proteção e conflita com a vedação do déficit. Já a proteção máxima permitida (V) também pode não ser a ideal, diante do risco de falhar no teste da

⁹⁹⁶ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 630.

necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, vindo a colidir com outros princípios e valores constitucionais incidentes.⁹⁹⁷

Na proteção intermediária e ótima (IV) estaria o chamado “*ponto de Arquimedes* entre os bens e direitos a salvaguardar e as posições jurídicas contrapostas”. Seria este o ponto “em que supostamente se realiza a mais perfeita concordância prática entre todos os valores constitucionais envolvidos, numa lógica próxima das concepções mais moderadas dos direitos fundamentais”, assim tomados enquanto princípios e imperativos de otimização. Ainda assim, em circunstâncias ordinárias abaixo dos níveis IV e V e acima da simples garantia do núcleo essencial do direito (II), é “que a questão da proibição do déficit deve ser colocada e assume a sua máxima pertinência”.⁹⁹⁸

Quanto a nós, reiteramos que o atual modelo de proteção penal e o sistema legislativo como um todo não fornecem um teor protetivo proporcional, na forma determinada pelo constituinte, estando aquém do mínimo razoável e não sendo aprovado no teste da proibição de insuficiência. Ocorre que mesmo que não necessária a tutela mais elevada, e ainda que desejável que esta se posicione acima do mínimo, quer nos parecer que o modelo do nosso ordenamento sequer chega a atingir o grau básico, exigível e irrenunciável de proteção.

Em sendo assim, para honrar o compromisso legado na Carta de 1988 antevemos dois caminhos, um mais direito e o outro mais tortuoso. O primeiro passaria pela reforma do nosso sistema legislativo e pela edição de um Estatuto do Patrimônio Cultural, contemplando instrumentos administrativos, civis e penais de proteção, num sistema que não abarcaria apenas as sanções negativas, mas também as positivas (por meio de incentivos e outras ações),⁹⁹⁹ para uma maior

⁹⁹⁷ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 630-2.

⁹⁹⁸ SILVA, Jorge Pereira, op. cit., p. 631.

⁹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: 2008, p. 7, explica que em nível de sanção cabem “não apenas as consequências desagradáveis de inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *speceis*: as sanções positivas e as sanções negativas. As positivas fazem parte do Estado assistencial contemporâneo, com normas de organização, nas quais tanto o Estado faz diretamente e também deve fazer, como por via das leis de incentivo, nas quais junto a função de tutela ou garantia aparece a função de promover, visível, por exemplo, no art. 9º, §1º, da Constituição italiana: promover o desenvolvimento da cultura”. Em termos de patrimônio cultural assinalamos o tombamento, o qual contempla restrições ao direito de propriedade e sanções negativas (em nível de conservação social e desencorajamento), para o caso de alteração do bem tombado. Mas que também poderia contemplar sanções positivas (para o encorajamento e a transformação), o que seria uma facilitação para atingir uma finalidade, ou um prêmio por ter alcançado o escopo, como prever a

promoção e proteção do bem jurídico, além de estabelecer tipos criminais que estejam talhados e que sejam aptos à satisfação mínima e eficaz da tutela requerida por tal bem jurídico.

Não se trataria tão somente de mais crimes ou pena, de uma repetição legal ou de uma lei a mais, mas de um compêndio único e atualizado capaz de contemplar as mais variadas formas de patrimônio cultural material e imaterial, como o histórico, artístico, arquitetônico, arqueológico, subaquático, natural, paisagístico, estético, turístico documental e as nossas manifestações culturais como um todo, podendo ainda diferenciar o patrimônio local, do estadual, nacional e mundial.

Seria capaz de agregar um arcabouço protetivo dos vários ramos do direito, como o civil, o administrativo e o penal, bem como de amalgamar e regular os atuais institutos, como o do inventário, ou de revigorar os vigentes, como o tombamento, prevendo questões importantes, como contemplar hipóteses de imunidade tributária, ou da possibilidade de negociação e transferência do direito de construir, tendo em conta as restrições que este gera aos direitos de propriedade, os altos custos com a manutenção destas e a possibilidade de tal benefício contribuir para que a proteção de bens culturais seja ampliada.

Uma outra forma, mais árdua e questionável, seria por via do controle jurisdicional de constitucionalidade. Não se trata aqui de questionar uma omissão plena, nem um conflito contraditório com o objeto constitucional, mas o baixo grau de adesão satisfativa em relação às determinações da Magna Carta.

Neste ponto as consequências podem ser duas. Uma é pacífica e consiste na notificação do legislador federal para que termine por completar uma tarefa já iniciada, mas que não atendeu na sua plenitude aos comandos do art. 216 da Constituição.

A segunda, mais complexa e controvertida, é saber se o Supremo Tribunal Federal pode ir ainda mais além, como no caso do recente julgamento da homofobia e racismo. Não apenas declarando o legislativo como inadimplente, porém, traçando algum paralelo punitivo enquanto não satisfeito o débito, como relacionar os níveis de proteção do patrimônio cultural de uma forma simétrica ao tratamento conferido

possibilidade de negociação e venda do direito de construir relativo a um imóvel tombado, “buscando tornar a ação necessária, fácil e vantajosa” (p. 15) ao seu proprietário.

aos crimes patrimoniais. O que seria revolucionário, arriscado e questionável, em especial, frente ao inatingível princípio da legalidade.

Ocorre que o Poder Judiciário é o responsável pela apreciação e mesmo o controle sobre o emprego de instrumentos penais, atento à dupla face do princípio da proporcionalidade. Cabendo a ele examinar excessos e insuficiências no âmbito de tutela, em especial à luz dos direitos fundamentais e dos deveres de sua proteção.

A jurisdição não apenas interpreta e aplica a constituição, como examina a própria constitucionalidade da norma e se ela está de acordo com os gradientes mínimos de tutela, objeto este do nosso exame. E como os deveres protetivos são um ônus que incumbe a todos os órgãos do Estado, situações existem em que será necessária e requerida a intervenção do judiciário, para a devida salvaguarda e garantia plena dos direitos assegurados pelo constituinte.

Trata-se, pois, de uma situação complexa, mas que pode ser ignorada e que em algum momento deve ser atendida na sua plenitude. Afinal, como expõe Bobbio, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”, é um obstáculo “não filosófico, mas político”. Pois, do plano ideal ao plano real, “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.¹⁰⁰⁰

Assim, se a garantia dos direitos fundamentais, seja de defesa ou de proteção, tem um custo, a recusa em observá-los cobra um preço ainda maior, arcado por toda a sociedade. Motivos pelos quais, num Estado Democrático de Direito, o custo com a efetivação de tais direitos “não deveria sequer ser posto em questão”.¹⁰⁰¹

De modo que o sistema não pode negligenciar, nem subestimar a ocorrência da infraproteção do patrimônio cultural, cujos riscos são latentes e as possibilidades de perdas se concretizadas são irreparáveis, seja para as presentes ou futuras

¹⁰⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24 e 63. Ver FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, in *Los Fundamentos [...]*, op. cit., 2007, p. 36-7; GRIMM, op. cit., p. 165, e FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56-7.

¹⁰⁰¹ D’ÁVILA, op. cit., 2006, p. 107. Ver ALMEIDA, Luiz Antônio de Freitas. *O controle jurídico da omissão estatal pela norma da proporcionalidade*. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, v. 26, nº 2, p. 1-16, abr.-jun. 2021.

gerações, fazendo com que a existência de um Estatuto do Patrimônio Cultural soe como uma medida real, urgente, necessária e capaz de desempenhar nela uma tutela mais efetiva e congregada por meio da reunião de vários mecanismos de direito.

PARTE III – O SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Na presente parte que conduz ao encerramento dos trabalhos estudaremos o sistema português de proteção ao patrimônio cultural, com enfoque na Constituição da República de Portugal, nos dispositivos civis e administrativos – em especial a lei de proteção ao patrimônio cultural –, nos instrumentos penais – consistentes no código penal e nos delitos previstos na lei de proteção –, bem como os princípios de proteção do patrimônio cultural.

1 A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Aqui, analisaremos o sistema português a título de parâmetro e um referencial na tutela do patrimônio cultural.¹⁰⁰² No que será verificado de que forma foi estruturado este instituto jurídico junto a sua Constituição, inserido nos princípios fundamentais e com previsão na ordem de direitos e deveres culturais, ao mesmo tempo em que recebe as devidas previsões em termos de direito civil, administrativo e penal.

1.1 O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Conforme Jorge Miranda, a “Constituição de um Estado é um fenômeno cultural – por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade onde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura”. Afinal, a cultura é uma das dimensões da vida em sociedade e a Constituição é o estatuto jurídico do Estado, tanto em face de uma comunidade, como do poder que constitui e representa.¹⁰⁰³

O patrimônio cultural surge como tarefas do Estado e dos seus órgãos e também como “direitos fundamentais de acesso à cultura e de criação e fruição cultural e garantias destes direitos, seja enfim como um dever fundamental de

¹⁰⁰² Na transcrição dos dispositivos legais, optamos por manter a grafia original de Portugal.

¹⁰⁰³ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. In: Direito da Cultura e do patrimônio cultural, op. cit., p. 160, 164 e 174, o qual fraciona o quadro dos direitos culturais em: *direitos relativos à identidade cultural; liberdades culturais; direitos de acesso aos bens culturais.*

preservação, defesa e valorização do património cultural”, seja com normas de cariz objetivo, como também de carácter subjetivo.¹⁰⁰⁴

No esteio objetivo as normas constitucionais são destinadas aos órgãos públicos, “pois constituem o suporte de um conjunto de tarefas públicas a levar a cabo por esses entes públicos que mais não são do que concretizações ou explicitações em sede dos direitos fundamentais”, ou de forma mais específica, juntoaos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, inseridos na “tarefa fundamental de proteger e valorizar o património cultural”.¹⁰⁰⁵

No cariz subjetivo, tais normas estão dirigidas aos cidadãos, “reconhecendo- lhes direitos ou impondo- lhes deveres fundamentais, especialmente como instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana”. Por isso a Constituição está a reconhecer os *direitos de criação e fruição cultural*, bem como a *garantia jurisdicional* de sua defesa (artigos 78º, nº 1 e 52º, nº 3, alínea “a”).¹⁰⁰⁶

Com efeito, a proteção do património cultural constitui também um *dever fundamental* de todos (conforme expresso no art. 78º, nº 1, da Constituição de Portugal, e art. 11º, da sua Lei nº 107/2001) e que se desdobra em três subdeveres fundamentais consistentes nos deveres de: *preservação, defesa e valorização do património cultural*, os quais se encontram associados aos direitos de fruição dos bens culturais e de criação cultural.¹⁰⁰⁷

Além disso, expõe Casalta Nabais que o “património cultural apresenta-se também como uma componente importante da constituição cultural e da constituição económica e social, na medida em que contribui para a realização dos direitos à educação, à cultura, ao ensino”, bem como “constitui um fator importante de desenvolvimento económico e social”.¹⁰⁰⁸

Afinal, é “indiscutível que a preservação, defesa e valorização do património cultural institui um elemento importantíssimo da constituição cultural, pois tanto os diversos direitos, liberdades e garantias fundamentais” – os quais estão ligados e reportados à proteção do património cultural –, como as tarefas dos Estados – que são relativas a este património e estão dirigidas à realização de tais direitos –

¹⁰⁰⁴ NABAIS, José Casalta. Estudos de direito do património cultural. Coimbra: Almedina, 2022.

¹⁰⁰⁵ NABAIS, op. cit., 2022, p. 14-5.

¹⁰⁰⁶ NABAIS, op. cit., 2022, p. 15-6.

¹⁰⁰⁷ NABAIS, op. cit., 2022, p. 16-7.

¹⁰⁰⁸ NABAIS, op. cit., 2022, p. 17.

possuem – para além da sua dimensão de efetivação desses direitos – uma inequívoca dimensão coletiva, enquanto contributo decisivo para o funcionamento económico e social da comunidade, cuja identidade está assentada justamente e sobretudo sobre a amálgama do cimento cultural.¹⁰⁰⁹

O património cultural está inserido na cultura e, conforme Vasco da Silva, dentro da Constituição portuguesa o direito fundamental à cultura surge dotado de múltiplas faces, estando consagrado tanto ao nível dos direitos, liberdades e garantias (art. 42º), como junto aos direitos económicos, sociais e culturais (artigos 73º e 78º), vindo a envolver garantias de direitos, bem como deveres, tarefas e princípios, sejam em face do poder público ou de particulares.¹⁰¹⁰

Na área da cultura a Constituição de Portugal prevê cinco tipos de direitos subjetivos fundamentais: o de criação cultural, o de autoria, o de fruição cultural, o de participação nas políticas públicas de cultura e o direito de fruição do património cultural, sendo que este gera um dever fundamental dos particulares, em torno da defesa e da valorização do património cultural. Ainda, tais direitos geram “um grandenúmero de deveres, tarefas e princípios jurídicos de atuação dos poderes públicos”, os quais se encontram “funcionalizados à realização imediata das posições jurídicas subjetivas fundamentais”.¹⁰¹¹

Nesses, é preciso conjugar as normas que “estabelecem uma proteção jurídica subjetiva com aquelas que instituem uma tutela jurídica objetiva, mas se encontram funcionalizadas às primeiras, de modo a construir uma noção ampla de direito fundamental à cultura”, como as que encontramos nos artigos 42º, 73º e 78da Constituição de Portugal.¹⁰¹²

O património cultural figura na *constituição do indivíduo*, ao se consagrar em “favor de cada um de nós um direito fundamental de criação artística e de fruição cultural e um dever fundamental de preservação, defesa e valorização” dele. Também, na *constituição da sociedade*, ao aliar “o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas ao nível cultural e científico do país”.

¹⁰⁰⁹ NABAIS, op. cit., 2022, p. 17.

¹⁰¹⁰ SILVA, Vasco, op. cit., p. 68-9.

¹⁰¹¹ SILVA, Vasco, op. cit., p. 70. ¹⁰¹² SILVA, Vasco, op. cit., p. 88.

E, ainda, na *constituição do Estado*, o que se revela sobretudo na distribuição do poder público em relação à tutela dos bens culturais.¹⁰¹³

Dentro da relação jurídica do direito fundamental à cultura, tomemos o casado direito a fruição do património cultural, este é da titularidade de todos os cidadãos. Contudo, daí também resultam não só direitos, como deveres com sujeitos distintos, no que se sobressai os deveres dos órgãos públicos na promoção e salvaguarda do património cultural, com consequências para os utentes e os titulares dos direitos reais sobre bens culturais, assim como o dever de toda a cidadã na defesa, preservação e valorização do património cultural.¹⁰¹⁴

1.1.1 Dos Princípios Fundamentais

A importância dos valores culturais desponta logo no início da Constituição da República Portuguesa de 1976, dentro dos seus “Princípios Fundamentais”:

Artigo 2.º

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Tem-se aqui um princípio fundante, o qual carrega outros subprincípios e regras, com destaque para a posição de Estado de Direito Democrático, a garantia e a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, a proteção contra arbítrios e a tutela dos respectivos direitos, nos quais se sobressai a realização cultural.¹⁰¹⁵

A promoção e o desenvolvimento cultural são uma tarefa pública, ligada à própria noção de Estado Social e Estado de Direito, devendo este proporcionar

¹⁰¹³ NABAIS, José Casalta. Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural em Portugal. In: Direito e proteção do património cultural imóvel, op. cit., p. 107.

¹⁰¹⁴ SILVA, Vasco, op. cit., p. 89-94. Defende o autor que o direito fundamental à cultura deve ser “considerado, simultaneamente, como direito subjetivo integrante de relações jurídicas multilaterais de cultura e como princípio atributivo de um estatuto jurídico de cidadania cultural (*statutus culturalis*)”, o qual, a partir de Peter Häberle desdobra-se em: *statutus negativus culturalis*, *statutus activus culturalis* e *statutus activus processualis culturalis*.

¹⁰¹⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Mello. Constituição da República Portuguesa comentada, Lisboa: Lex, 2000, p. 72; NADAIS, António; VITORINO, António; CANAS, Vitalino. Constituição da República Portuguesa, Lisboa: AAFDL, 1983, p. 9-11.

níveis mínimos que garantam a fruição e a efetividade de tais categorias de direito, as quais também não podem sofrer retrocesso e, menos ainda, serem extirpadas do sistema sem um substituto equivalente.

Conforme Jorge Miranda e Rui Medeiros este art. 2º também possui uma relação com o princípio da proporcionalidade, o qual deve ser considerado em relação aos direitos culturais. Na idoneidade, em busca de um meio adequado à prossecução dos benefícios e na devida intervenção para a tutela do bem jurídico. Na necessidade, diante da busca do meio que traga a melhor satisfação, com menores custos aos direitos contrapostos. E na proporcionalidade em sentido estrito em busca da justa medida, dentro da racionalidade do caso em apreço.¹⁰¹⁶

A proteção do patrimônio cultural é reforçada pelo seu artigo 9º:

Artigo 9.º

São tarefas fundamentais do Estado:

[...]

b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

[...]

e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território; [...].¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada, Volume I, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 82-3

¹⁰¹⁷ Na Constituição de Portugal o urbanismo e o meio ambiente estão contemplados nos seguintes dispositivos: Artigo 65.º

Habitação e urbanismo

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;

b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;

d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.

4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística.

Aqui está traçada a vinculação constitucional do Estado, comprometido tanto com a garantia de exercício, quanto com a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, o que se estende para todas as esferas do Poder Público, num vínculo permanente, o qual obriga à proteção e a preservação do seu patrimônio cultural, bem como os valores a eles conexos do meio ambiente e do ordenamento urbano.

Mais do que uma obrigação do Estado, a proteção e a valorização do patrimônio cultural, do meio ambiente e do ordenamento urbanos também se revelam em autênticos deveres e direitos de todos os cidadãos, os quais serão contemplados em cânones posteriores da Carta.

Temos aqui uma “tarefa fundamental” do Estado manifestada em sentido material e que cria um laço obrigacional entre este e a sociedade. Tal se traduz também numa incumbência, enquanto metas e ações as quais o Estado está constitucionalmente adstrito, em relação aos respectivos direitos, interesses e instituições em termos culturais a que ele está obrigado a garantir, promover ou tornar efetivos, por força das citadas imposições constitucionais.¹⁰¹⁸

Ao mesmo tempo, tal direito acaba por receber o manto protetivo de proibição de retrocesso social, pois se reveste de uma função de garantia e de satisfação,

5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

“Artigo 66.º

Ambiente e qualidade de vida

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

- a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
- b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem;
- c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
- d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
- e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas;
- f) Promover a integração de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
- g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
- h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida.”

¹⁰¹⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, vol. 2. Coimbra: Coimbra ed., 2014, p. 474-5.

limitando e inibindo a reversibilidade do direito adquirido à fruição cultural e tutela do patrimônio cultural, devendo ser-lhe garantido o seu núcleo essencial mínimo.¹⁰¹⁹

O Estado torna-se obrigado a um dever de proteção, tanto no sentido de legislar para garantir a satisfação do direito, como pela vedação de não eliminar as posições garantidas nesta legislação, já que os seus titulares passam a ter em face deste um direito de defesa, com característica inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias, cuja eventual restrição está sujeita ao princípio da proporcionalidade e as diretrizes do art. 18, n.º 2 e n.º 3 da Constituição de Portugal.¹⁰²⁰

Assim, o legislador não pode deixar de criar as normas concretizadoras de determinados direitos e categorias, nem pode suprimi-las abrindo, ou reabrindo uma omissão, por conta da própria força normativa da Constituição. Já que a partir de certas normas constitucionais, como as dos artigos 9.º, “b” e “e”, 78, n.º 1 e n.º 3, e 78, n.º 1 e n.º 2, da Constituição da República de Portugal, fica impedida a ab-rogação pura e simples das normas que com elas formam uma *unidade de sistema*, em especial, diante da natureza e qualidade de tais direitos.¹⁰²¹

Este dever do Estado foi confirmado na Lei n.º 107/2001 de Portugal:

¹⁰¹⁹ MIRANDA, Manual [...], 2014, op. cit., p. 486, inclusive invocando as lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira.

¹⁰²⁰ MIRANDA, Manual [...], 2014, op. cit., p. 487. Cita o Acórdão n.º 39/1984 do Tribunal Constitucional: “Em grande medida os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionalmente impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-lo, obrigam-no também a não abolirlos uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação *positiva*, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação *negativa*. O Estado, que estava obrigado a *atuar* para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a *abster-se* de atentar contra a realização dada ao direito social” (p. 492-3).

¹⁰²¹ MIRANDA, Manual [...], 2014, op. cit., p. 494. MIRANDA, Jorge. O património cultural e a constituição. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 271, classifica os direitos atinentes ao património cultural como reconduzíveis a direitos, liberdade e garantias. SOUZA, Marcelo Rebelo de; MELO, José de Alexandrino. Constituição da república portuguesa comentada, Lisboa: Lex 2000, p. 185, apontam o direito a cultura como direitos fundamentais de natureza análogo a direito, liberdades e garantias.

Artigo 3.º

Tarefa fundamental do Estado

- 1 - Através da salvaguarda e valorização do património cultural, deve o Estado assegurar a transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular.
- 2 - O Estado protege e valoriza o património cultural como instrumento primordial de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais.
- 3 - O conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural constituem um dever do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

A obrigação do Estado não é meramente estática ou de protecção do património existente, mas, sim, é dinâmica, pois ele também está imbuído de valorizar, fomentar a fruição, o conhecimento e incentivar a criação e o acesso à cultura e ao património cultural. Tais tarefas são uma forma de realização da chamada democracia cultural, de que trata o art. 2º da sua constituição.¹⁰²²

1.1.2 Dos Direitos e Deveres Culturais

Prosseguindo, o património cultural está localizado no Título III referente aos “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, junto ao seu capítulo II. Primeiramente, é contemplada a figura da educação, cultura e ciência no artigo 73:

Artigo 73.º

1. Todos têm direito à educação e à cultura.[...]
3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

De início, podemos verificar que a “democratização da educação e da cultura anda a par da própria ideia de democracia” – vertida nos artigos 2º e 9º, alínea c – “a participação democrática revela-se, em si mesma, um importante instrumento

¹⁰²² DURO, João Pedro Canelhas. O dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, relatório final da disciplina de direitos fundamentais, regência do Prof. Dr. José de Melo Alexandrino, 2008, p. 23.

educativo e cultura”. Tal participação não é um fim em si mesma, mas é promovida enquanto expoente da própria realização da pessoa humana.¹⁰²³

Os artigos 73 e 78 revelam a instituição de uma “constituição cultural”, constituindo os poderes públicos numa forma de “Estado de Cultura”. De um lado um “*Estado de direito cultural*, obrigado a respeitar a liberdade e a autonomicultural dos cidadãos”, junto à liberdade cultural; e de outro um “*Estado democrático cultural*, empenhado no alargamento e na democratização da cultura”, junto aos direitos culturais.¹⁰²⁴

Tal ordem de direitos manifesta-se dentro de uma democracia cultural, na qual devem ser garantidos o acesso à cultura, a sua fruição, promoção e preservação, bem como a participação social na política cultural. Afinal, a “Constituição é, ela própria, ‘cultura’, não se limitando a reger normativamente alguns domínios do tradicional ‘direito constitucional da cultura’, como os objetivos da educação ou os direitos fundamentais culturais”.¹⁰²⁵

O direito de fruição cultural está inserido dentro dos direitos sociais e culturais, compreendendo no seu âmbito de proteção vários direitos densificadores de natureza prestacional ou não. Entre eles estão os direitos de: visita, visibilidade, uso e fruição intelectual.¹⁰²⁶

A fruição e criação cultural constituem-se numa concretização do direito à *cultura*, pressupondo a democratização desta, ao permitir a todos o acesso e a participação na vida cultural, como forma de concretização do “princípio da fruibilidade de bens culturais”.¹⁰²⁷

É tanto um direito individual, como coletivo, compreendendo o “acesso a todos os bens, meios e instrumentos culturais em todos os níveis; a participação na cultura, em termos de produção cultural, o que compreende uma postura ativa

¹⁰²³ MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p. 1017.

¹⁰²⁴ CANOTILHO, Gomes José J; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 887-8, acrescentam que: “Cultura, no sentido normativo-constitucional, além de ser *tradição cultural*, que deve ser garantida e defendida, é também *tarefa e inovação*, que exige a promoção positiva da criação e fruição cultural por parte do Estado e de outras estruturas autónomas (cfr. Art. 78º-2)”.¹⁰²⁵

¹⁰²⁵ HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. Conferência internacional sobre a constituição portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 6.

¹⁰²⁶ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 925.

¹⁰²⁷ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 926.

(criação) e não apenas passiva (fruição); e a coparticipação na defesa e enriquecimento do patrimônio cultural comum”.

O direito à fruição e à criação cultural abrange também a defesa do patrimônio cultural, enquanto um dever de todos, uma obrigação do Estado, etambém um direito de todos, no sentido de impedir a sua deterioração e destruição,o que encontrará guarida nas respectivas normas penais.¹⁰²⁸

Basta lembrar, que a proteção e a valorização do patrimônio cultural são uma das tarefas fundamentais do Estado, voltado inclusive à identidade cultural e a ao enriquecimento da herança cultural coletiva. Tal obrigação de defesa, com os correspondentes direitos, legitima certas limitações, como ao direito de propriedade.¹⁰²⁹

A defesa e a valorização podem ocorrer mediante os processos de classificação e inventariação impulsionados pelo poder público. Já o dever de proteção está conectado com os seus princípios, incluindo o do desenvolvimento sustentável. E a salvaguarda e a valorização podem implicar a restrição de outros direitos fundamentais, como a própria utilização e disposição dos bens protegidos.¹⁰³⁰

O direito à fruição e à criação cultural impõe várias incumbências aos órgãos do Estado, voltadas a sua garantia e efetivação. Entre estes estão compreendidos: ademocratização do processo cultural, a criação cultural, a animação cultural, a descentralização da ação cultural, a circulação de bens culturais, a difusão de obras culturais e a própria proteção do patrimônio cultural. E também, a articulação da política cultural, interagindo com as polícias: ambientais, urbanísticas e fiscais.¹⁰³¹

O direito à fruição cultural esta ligado à “necessidade do Estado criar condições de acesso de todas as pessoas aos bens culturais”, é um direito que envolve a atuação do poder público, mas também uma abstenção tanto pública, como privada, de atentar e atuar contra o patrimônio cultural.¹⁰³² Decorrencia disto é

¹⁰²⁸ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 926.

¹⁰²⁹ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 926.

¹⁰³⁰ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 927.

¹⁰³¹ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 928-9.

¹⁰³² SILVA, Vasco, op. cit., p. 72-3.

o próprio o “direito de acesso ao património cultural”, o qual se revela, por exemplo, na visitação de museus e monumentos, ou em pesquisa a arquivos.¹⁰³³

Este direito de fruição vai sedimentado no art. 7º da Lei nº 107/2001:

Artigo 7.º

Direito à fruição do património cultural

- 1 - Todos têm direito à fruição dos valores e bens que integram o património cultural, como modo de desenvolvimento da personalidade através da realização cultural.
- 2 - A fruição por terceiros de bens culturais, cujo suporte constitua objecto de propriedade privada ou outro direito real de gozo, depende de modos de divulgação concertados entre a administração do património cultural e os titulares das coisas.
- 3 - A fruição pública dos bens culturais deve ser harmonizada com as exigências de funcionalidade, segurança, preservação e conservação destes.
- 4 - O Estado respeita, também, como modo de fruição cultural o uso litúrgico, devocional, catequético e educativo dos bens culturais afectos a finalidades de utilização religiosa.

Igualmente, a fruição também está ligada à liberdade de criação cultural, que conforme o art. 42 da Constituição estabelece que é “livre a criação intelectual, artística e científica”. E que esta “liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor”.

Por sua vez, a tarefa fundamental do Estado no que diz respeito ao património cultural é explicitada em seu artigo 78, quando trata da “fruição e criação cultural”:

Artigo 78.º

1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.
2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:
 - a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;
 - b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;
 - c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;
 - d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
 - e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.

¹⁰³³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 746.

Conforme Miranda e Medeiros o direito de acesso compreende vários aspectos, como o de visita e conhecimento. A livre fruição e o direito de escolha dos bens a usufruir, relacionado ainda a própria liberdade de apreender, de ensinar e de se expressar. A formação e o livre desenvolvimento de associações de defesa da cultura; o direito a informação. A promoção, a prevenção, a cessão e a perseguição dos atos necessários a findar qualquer tipo de agressão ao patrimônio cultural. O direito do lesado requer indenização pelo dano ao patrimônio cultural. O direito de resistência a qualquer ato que impeça o acesso, a fruição ou gere degradação de bens culturais. E o direito de participar na proteção, na valorização e na promoção do patrimônio cultural.¹⁰³⁴

Os interesses e direitos do patrimônio cultural têm que ser compaginados como restante dos direitos fundamentais, numa tarefa de concordância prática. O “dever de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural é um dever fundamental, e não um mero efeito externo de uma previsão de um direito”. A sua salvaguarda e proteção não são apenas atribuições do Estado, mas se manifestam em face de toda a coletividade.¹⁰³⁵

Dentre as decorrências daí inerentes estão, por exemplo, o dever de conservação do bem cultural por parte do proprietário, possuidor ou titular e a incidência das respectivas sanções em face destes ou de terceiros que venham a atentar contra o patrimônio cultural, de acordo com as respectivas previsões de ordem penal, como o crime de dano, do art. 213º, nº 1, alíneas “b” e “d” do Código Penal de Portugal.

Com efeito, o direito à fruição e à criação cultural compreende necessariamente a proteção do patrimônio cultural, enquanto dever de todo o Estado, de não o destruir e de defendê-lo. Frente ao Estado trata-se uma tarefa fundamental, e que se concretiza, por exemplo, nos atos de “salvaguardar e valorizar os testemunhos da ‘identidade comum’, de enriquecer a herança cultural da coletividade em todos os seus aspectos”.¹⁰³⁶

¹⁰³⁴ MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p. 1040-1.

¹⁰³⁵ MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p. 1041. Ver também MIRANDA, Jorge. Escritos vários sobre direitos fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 357-378, sobre o patrimônio cultural na Constituição. ¹⁰³⁶ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 926.

Esta obrigação constitucional de defesa, que também está ligada ao próprio e correspondente dever imposto aos cidadãos, “pode legitimar limitações ao direito de utilização e disposição de propriedade privada de bens culturais ou de interesse cultural”, de modo que a “salvaguarda e valorização do património cultural podem implicar a restrição de outros direitos fundamentais”. Quanto ao Estado, deverá providenciar o inventário, a classificação e a definição de um regime de conservação e de fruição coletiva.¹⁰³⁷

Além dos direitos culturais está previsto o dever coletivo de preservar, defender e valorizar o património cultural. Tratam-se dos chamados deveres fundamentais, enquanto “situações jurídicas passivas, individuais e universais de fonte constitucional explícita ou implícita, que exprimem autonomamente valores ou interesses comunitários fundamentais”.¹⁰³⁸

Conforme Vasco da Silva, o art. 78º, nº 1, contém um direito fundamental gerador de um dever fundamental de preservar, defender e valorizar o património cultural, assumindo uma natureza jurídica de “poderes-deveres” ou de “poderes- funcionais”, cujos deveres devem ser enquadrados no âmbito das mais amplas “relações jurídicas de direitos fundamentais”, com posições ativas e passivas. Tais deveres são impostos aos particulares, sendo ainda mais fortes em face dos responsáveis ou titulares dos direitos reais sobre os bens culturais, o que em contrapartida deveria gerar benefícios e incentivos públicos, tanto para o bem de tal património, como por conta do princípio da cooperação.¹⁰³⁹

Bem pontua Casalta Nabais que “no estado democrático de direito os direitos e os deveres se apresentam em larga medida como categorias inseparáveis”, na medida em que “não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos”, pois “não

¹⁰³⁷ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 926-9. Acrescentam que a “articulação da política cultural com as demais políticas sectorais (nº 2/e) implica, desde logo a articulação da política cultural com outras políticas relativas a direitos fundamentais expressamente referidos no texto da Constituição. É, designadamente, o caso de: (1) *políticas ambientais* relativas ao património arquitectónico, à avaliação de impacte ambiental; (2) *políticas urbanísticas* relativas à construção, ao planeamento urbanístico, ao ordenamento do território, aos instrumentos de gestão urbanística”.

¹⁰³⁸ CORREIA, Sérvulo. Direitos fundamentais, Sumários. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 113. Para ele, tais ônus podem consistir em deveres genéricos, em obrigações para com o Estado, em sujeições ou em deveres funcionais. Ainda, incidiriam deveres jurídicos e deveres cívicos.

¹⁰³⁹ SILVA, Vasco, op. cit., p. 82.

há garantia jurídica e real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres do homem e do cidadão”.¹⁰⁴⁰

Para este autor os deveres fundamentais podem ser definidos como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem ser exigidos”, de tal modo que estes deveres são “posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais, universais, permanentes e essenciais”. Eles se caracterizam por sua previsão constitucional, ao mesmo tempo que prestam “primazia ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais” (direitos, liberdades e garantias),¹⁰⁴¹ como no caso do patrimônio cultural, reconhecido enquanto direito e dever.

Assim, “os deveres (correlativos) de direitos fundamentais mais não são do que o aspecto ou lado passivo dos direitos fundamentais”, vindo a integrar a “própria figura dos direitos e assumindo as modalidades correspondentes aos traços estruturais em que estes se analisam”. De tal modo que “os deveres correlativos típicos dos direitos, liberdades e garantias são, relativamente ao estado (e demais poderes públicos), o dever de abstenção ou de não ingerência”, somado ainda ao dever de proteção dos direitos (que pode ser penal ou sancionatória) em face das agressões de terceiros, bem como das afetações por parte dos entes públicos, além dos deveres organizacionais, procedimentais e processuais para a sua efetiva exequibilidade.¹⁰⁴²

Prosseguindo, o art. 78º, nº 2, impõe “deveres, tarefas e princípios jurídicos de atuação dos poderes públicos no domínio da cultura”, determinando uma intervenção que pode ser mais intensa, a depender do caso, e podem “dar origem a direitos subjetivos na medida das vinculações constitucionais relativas à oportunidade e ao conteúdo” de tal ônus de atuação, como “mediante atuações

¹⁰⁴⁰ NABAIS, José Casalta. O dever de fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2020, p. 59. Acrescenta ainda que: “Por fim, menciona-se que os deveres fundamentais, para além de constituírem o pressuposto geral da existência e funcionamento do estado e do consequente reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais no seu conjunto, se apresentam, singularmente considerados, como específicos pressupostos da protecção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos”.

¹⁰⁴¹ NABAIS, op. cit., 2020, p. 63-4.

¹⁰⁴² NABAIS, op. cit., 2020, p. 79-80.

destinadas a incentivar e garantir o acesso à fruição da cultura” (artigos 73º, nº 2 e 78, nº 2, alínea “a”).¹⁰⁴³

As normas de direitos fundamentais em matéria de cultura – e, portanto, ao que corresponde o património cultural, por conta inclusive do disposto no art. 78º, nº 2, alínea “c” da Constituição de Portugal – consistem “tanto em direitos subjetivos, como em deveres dos particulares, como ainda em deveres, tarefas e princípios objetivos de atuação dos poderes públicos”, vindo a corresponder “tanto a uma dimensão objetiva, como subjetiva dos direitos fundamentais”.¹⁰⁴⁴

Entendemos que em relação ao património cultural incidem direitos e deveres fundamentais específicos, do tipo alinhado por Vieira de Andrade como aqueles com “poderes de exigir um comportamento negativo dos poderes públicos, combinados com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou matérias, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem”. E isto, conforme podemos verificar no art. 78º, ao qual corresponde “deveres de abstenção ou de não intromissão, deveres de ação e de prestação, deveres de tolerar ou sujeições”, cujas obrigações podem variar de acordo com o sujeito,¹⁰⁴⁵ como no caso daquelas impostas aos detentores de bens culturais.

Seguindo a linha do art. 78º da CRP, a Lei nº 107/2001 previu no seu art. 8º¹⁰⁴⁶ a necessidade de colaboração entre a Administração Pública e os particulares, e no seu art. 11º o dever amplo de preservação, defesa e valorização do património cultural:

Artigo 11.º

Dever de preservação, defesa e valorização do património cultural

1 - Todos têm o dever de preservar o património cultural, não atentando contra a integridade dos bens culturais e não contribuindo para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei.

2 - Todos têm o dever de defender e conservar o património cultural, impedindo, no âmbito das faculdades jurídicas próprias, em especial, a destruição, deterioração ou perda de bens culturais.

¹⁰⁴³ SILVA, Vasco, op. cit., p. 83.

¹⁰⁴⁴ SILVA, Vasco, op. cit., p. 86.

¹⁰⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 172-3.

¹⁰⁴⁶ Artigo 8.º

Colaboração entre a Administração Pública e os particulares

As pessoas colectivas de direito público colaborarão com os detentores de bens culturais, por forma que estes possam conjugar os seus interesses e iniciativas com a actuação pública, à luz dos objectivos de protecção e valorização do património cultural, e beneficiem de contrapartidas de apoio técnico e financeiro e de incentivos fiscais.

3 - Todos têm o dever de valorizar o património cultural, sem prejuízo dos seus direitos, agindo, na medida das respectivas capacidades, com o fito da divulgação, acesso à fruição e enriquecimento dos valores culturais que nele se manifestam.

Podemos verificar pelo art. 11 que a amplitude deste direito não se limita a não atentar contra a integridade dos bens culturais, ou não colaborar para a sua evasão ilícita ao exterior,¹⁰⁴⁷ mas também envolve esforços positivos no sentido de evitar o dano ou a perda de bens culturais. E ainda se estende à valorização, na medida do possível, envolvendo a divulgação, o enriquecimento e o acesso à fruição.

Os deveres dos responsáveis são reforçados no art. 21º, nº 1, letra “b”, da Lei 107, em especial na obrigação de: “conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e a evitar a sua perda, destruição ou deterioração”.

Contudo, observa-se que tais deveres não se esgotam na figura de responsável por um bem cultural e nas condutas inerentes aos chamados deveres de garante. Ocorre que, tais obrigações ainda envolvem por parte de terceiros cidadãos a evitação de ataques alheios ao património em questão como, por exemplo, no fato de comunicar às autoridades competentes situação de risco que ameaça um imóvel classificado, ou adotar alguma medida eficaz ao seu alcance.

Diríamos aqui que estamos diante de um autêntico dever de salvamento, que deve ser interpretado de forma similar ao que ocorre no delito de omissão desocorro. De modo que deve envolver uma situação na qual é possível e devido à assistência em favor da salvaguarda do património cultural, sem riscos próprios, ou sem envolver óbices de que o fato seja comunicado às devidas autoridades, ou até mesmo a algum órgão de proteção. Por isso que o dispositivo faz a devida ressalva ao usar a expressão “no âmbito das suas faculdades”, que pode ser considerada com o âmbito de suas possibilidades e do seu poder de alcance.

¹⁰⁴⁷ DURO, op. cit., 2008, p. 58-9, explica que em tais casos o dever de ação direta ocorre nos casos “em que o agente tem um especial dever de proteção do bem ou valor jurídico em perigo e sempre que, num juízo de prognose, a ação do agente possa ter sucesso no afastamento dos perigos para a integridade física do próprio agente”. Já o dever de terceiros seria do tipo cívico, “incluído nas justas exigências do bem-estar numa sociedade democrática”, tanto é que o seu descumprimento não está sujeito a sanções diretas.

De acordo com o art. 12 da Lei 107/2001 as finalidades de proteção e de valorização do património cultural, enquanto tarefa fundamental do Estado e dever dos cidadãos, objetiva: incentivar e assegurar a todos o acesso à fruição cultural; vivificar a identidade cultural comum da nação e das comunidades; promover o aumento do bem-estar social e económico e o desenvolvimento regional e local, e defender a qualidade ambiental e paisagística. Ainda, entre os objetivos da política do património cultural estão “o conhecimento, a proteção, a valorização e o crescimento dos bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, bem como dos respectivos contextos”. Os instrumentos da política cultural estão previstos no art. 13^o¹⁰⁴⁸ da Lei 107.

Os deveres culturais de preservação, defesa e valorização do patrimóniocultural estão associados à garantia do direito de fruição e criação cultural, naquilo que Vieira de Andrade classifica como um *dever fundamental, associado a um direito*.¹⁰⁴⁹

Para o regime de valorização cultural prevê o art. 70, da Lei 107/2001, como seus componentes: a conservação preventiva e programada; a protecção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, em especial os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios; o crescimento e o enriquecimento; a pesquisa e a investigação; o apoio a instituições técnicas e científicas; a formação; utilização, o aproveitamento, a rendibilização e a gestão; a divulgação, sensibilização e animação; o apoio à criação cultural; o acesso e a fruição. Entre os instrumentos

¹⁰⁴⁸ Artigo 13.º

Componentes específicos da política do património cultural

A política do património cultural deverá integrar especificamente, entre outras, as seguintes componentes:

- a) Definição de orientações estratégicas para todas as áreas do património cultural;
- b) Definição, através de planos, programas e directrizes, das prioridades de intervenção ao nível da conservação, recuperação, acrescentamento, investigação e divulgação do património cultural;
- c) Definição e mobilização dos recursos humanos, técnicos e financeiros necessários à consecução dos objectivos e das prioridades estabelecidas;
- d) Definição das relações e aplicação dos instrumentos de cooperação entre os diversos níveis da Administração Pública e desta com os principais detentores de bens culturais e com as populações;
- e) Definição dos modelos de articulação da política do património cultural com as demais políticas sectoriais;
- f) Definição de modelos de aproveitamento das tecnologias da informação e comunicação;
- g) Adopção de medidas de fomento à criação cultural.

¹⁰⁴⁹ ANDRADE, Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 2001, p. 163.

para alcançar tais objetivos, estariam a classificação, o inventário e outros, não taxativos, relacionados no seu art. 71º e que veremos adiante.

O dever de valorização é imperativo para os órgãos públicos, obrigando à “criação de medidas de sensibilização, de estudo, conhecimento e divulgação do patrimônio cultural, entre outras”. Embora para os particulares responsáveis por bens culturais possamos associar ou até questionar a dimensão de tal ônus valorativo, é certo que para os terceiros sem relação com o objeto protegido tal não pode ser visto como um dever, pois para isto faltaria uma legitimidade jurídica maior, e inclusive poderia contrariar o âmbito das liberdades,¹⁰⁵⁰ como o de pensamento, opinião e das escolhas culturais, bem como do livre desenvolvimento da personalidade, sendo o mais correto enquadrá-lo como um “direito de utilidade social”.¹⁰⁵¹

Podemos então dizer que estamos diante de um dever relativo, sujeito a critérios de conveniência, oportunidade, possibilidade e razoabilidade de parte daqueles que não possuem uma obrigação direta ou até indireta para com ele. Em especial se considerarmos as ressalvas do art. 11º, nº 3, quando expressa que tal ônus somente seria exigível “sem prejuízo dos seus direitos”, e que os deveres de ação estariam limitados “na medida das respectivas capacidades”.

Assim, em termos gerais podemos concluir que a “Constituição cometeu ao Estado a tarefa fundamental de proteger e valorizar o patrimônio cultural português, aos indivíduos os direitos de criação e fruição cultural”, sendo que para viabilizar tais direitos pende o dever genérico de preservar, defender e valorizar tal patrimônio.¹⁰⁵²

Conforme Peter Häberle o constituinte português construiu um *direito constitucional cultural* com proteção dos bens culturais, especialmente no tocante aos direitos e deveres culturais. No que se destaca o art. 78º, no dever de todos cuidar dos bens culturais e de o Estado promover e proteger a cultura e o patrimônio

¹⁰⁵⁰ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal-Brasil Ano 2000, 1999, p. 188, explica que os casos dúbios sempre devem ser resolvidos em favor das liberdades, pois as “normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto princípios jurídicos fundamentais, impõe, assim, desde logo, uma interpretação do direito ordinário conforme aos direitos fundamentais”.

¹⁰⁵¹ DURO, op. cit., 2008, p. 66-8.

¹⁰⁵² DURO, op. cit., 2008, p. 72.

cultural, como forma de tal converter-se em um renovado elemento de identidade cultural da comunidade.¹⁰⁵³

Ainda, é latente que a proteção do património e dos bens culturais figura como um dever fundamental, um mandato constitucional, uma finalidade do Estado e um ícone do pluralismo cultural, bem como um elemento integrante do tipo de Estado constitucional da república portuguesa.¹⁰⁵⁴

No caso de violação dos direitos inerentes ao património cultural, tanto a Constituição, como a legislação concernente, garantem o direito de petição e de ação popular para a sua defesa. Tratam-se aqui de interesse supraindividuais, que podem ser demandados pelo Ministério Público, por entidades e qualquer cidadão, inclusive com consequências em termos de responsabilidade civil.¹⁰⁵⁵

Constituição de Portugal

Artigo 52.º Direito de petição e direito de ação popular

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

Lei nº 83/1995 – Direito de participação procedimental e de acção popular

¹⁰⁵³ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 17, completando que: “No lejos de esta premisa se halla la proposición que la protección nacional y universal de los bienes culturales representa una ‘tarea universal’ que establece a la humanidad como comunidad de bienes culturales y a cada Estado constitucional como ‘fiduciario’. El *status mundialis hominis* y la protección ‘universal’ de los bienes culturales convergen.”

¹⁰⁵⁴ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 18, completando que: “No lejos de esta premisa se halla la proposición que la protección nacional y universal de los bienes culturales representa una ‘tarea universal’ que establece a la humanidad como comunidad de bienes culturales y a cada Estado constitucional como ‘fiduciario’. El *status mundialis hominis* y la protección ‘universal’ de los bienes culturales convergen.”

¹⁰⁵⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A fruição dos bens culturais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 616-8.

Artigo 52.º Direito de petição e direito de ação popular

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

Ainda,¹⁰⁵⁶ o art. 90º prescreve que a política económica seja coordenada em conjunto com as políticas social, educativa e cultural, e o art. 165º da Constituição de Portugal assegura ser da exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização do Governo, legislar sobre as “bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural”.

Com efeito, se observarmos as cláusulas jurídico-constitucionais de proteção cultural de vários países, como Portugal e Brasil, percebemos um Estado de Direito Constitucional Cultural, no qual a cultura virá a constituir-se como um elemento do Estado, pois estes também se definem por sua cultura. No que se deve estar atento à proteção do seu património cultural, e a sua relação com os próprios direitos humanos, pois são exatamente os bens integrantes desse que se mostram como uma pedra angular viva para a compreensão da Constituição também como cultura.¹⁰⁵⁷

Na espécie, cada Constituição também está animada por uma dimensão cultural. A proteção dos bens culturais, as cláusulas expressas sobre património cultural, as liberdades especiais da cultura e os diversos dispositivos sobre o Estado

¹⁰⁵⁶ Sobre a relação constitucional e direitos do património cultural, vide mais em CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito constitucional anotado, Lisboa: Quid Juris?, 2018, p. 257-262, sobre direitos e deveres fundamentais; CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos fundamentais. Fundamentos & direitos sociais Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 241-251, sobre constituição, cultura constitucional e património cultural; RAMOS, José Luís Bonifácio: Direito Administrativo da Cultural, In: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. II, OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Org.), p. 256-261 e 332-338, sobre direito da cultura e património cultural; e a MORAIS, Isaltino; ALMEIDA, José Mario F. de; PINTO, Ricardo L. Leite. Constituição da República Portuguesa anotada e comentada, Lisboa: Reidos Livros, 1983, p. 152-3, sobre o art. 78º.

¹⁰⁵⁷ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 24-6.

de cultura não são mais que especificações da genérica dimensão cultural da Constituição.¹⁰⁵⁸

Conforme Häberle, a Constituição não é só um texto jurídico ou um conjunto de normas, mas também é a expressão de um determinado nível de desenvolvimento cultural, é a expressão da autorrepresentação cultural de um povo, espelho do seu patrimônio cultural e fundamento de suas aspirações. De tal modo que quando um Estado de Direito torna efetiva a proteção e a promoção do seu patrimônio cultural, está realizando tal mister também a serviço de sua identidade cultural.¹⁰⁵⁹

Assim, é indiferente em que setor da Carta Magna se localiza a proteção do patrimônio cultural, seja no preâmbulo, no capítulo dos fundamentos da Constituição, entre as tarefas do Estado ou mesmo entre os direitos fundamentais. E bem como se do ponto de vista material pode ser contemplado como um fim do Estado, ou mesmo conter previsões específicas junto ao direito penal ou ao direito privado. Pois, de qualquer forma, o Estado constitucional também será definido por sua cultura nacional (elemento fundante da sua identidade) e a liberdade só será plena por meio da cultura.¹⁰⁶⁰

1.2 OS INSTRUMENTOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS DE TUTELA

Trataremos aqui dos instrumentos civis e administrativos de tutela, considerando-se que nosso objeto de estudo trata-se do patrimônio cultural material edificado, ou patrimônio arquitetônico.¹⁰⁶¹ Em termos legislativos iremos destacar duas normas, a Lei nº 107/2001 e o Decreto-Lei nº 309/2009.

¹⁰⁵⁸ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 28.

¹⁰⁵⁹ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 28 e 33, apontando ainda que: “Los bienes culturales protegidos por el Derecho Constitucional interno y por el Internacional contribuyen a que la persona ‘vaya erguida’ como ciudadano del Estado y del mundo. La protección de bienes culturales e, por tanto, correlato de las garantías y pactos universales e interestatales sobre derechos humanos. Los derechos humanos caerían en el vacío si no tuvieran el asidero de las obras creadoras de la cultura que, en cuanto ‘patrimonio’ abren la posibilidad de una apropiación interna y, con ella, excitan nuevos procesos creativos en el futuro que, por su parte, algún día podrán madurar y llegar a ser patrimonio cultural de ‘todos los pueblos del mundo o de la ‘humanidad’.”

¹⁰⁶⁰ HÄBERLE, op. cit., 1998, p. 27-8, concluído que: “La persona consigue ‘andar de pie’ gracias a la cultura”.

¹⁰⁶¹ Aqui nos valem do conceito trazido pelo Decreto-Lei nº 120/1997 de Portugal, que trata sobre o Instituto Português do Património Arquitectónico e estabelece que: “Considera-se património arquitectónico de interesse cultural ou, em equivalência, bens culturais imóveis integrantes do

Os instrumentos de proteção e valorização são importantes, pois num Estado Democrático e Social de Direito o património cultural não deve ser apenas tutelado, “mas também valorizado na perspectiva da fruição cultural que o torne elemento vivificador da identidade cultural comum e da realização da personalidade”, dentro de princípios voltados à promoção da pessoa humana e ao desenvolvimento da comunidade, à luz do que determina a própria Constituição.¹⁰⁶²

De acordo com a Lei nº 107/2001, o seu objeto é estabelecer os pontos basilares da “política e do regime de protecção e valorização do património cultural, como realidade da maior relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura”. Tal norma contempla os bens imóveis, móveis e imateriais, bem como os patrimónios: arquitetónico, arqueológico, arquivístico, bibliográfico, audiovisual, fonográfico e fotográfico.

O âmbito de atuação é dos bens que, “sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização.” Destacam-se entre estes aqueles com teor de interesse os valores “histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico”, a partir de critérios de “memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade” (art. 2º, nº 1 e 3, Lei 107).

A obrigação do Estado é uma tarefa fundamental no sentido de salvaguarda e valorização, cabendo este o ônus de “assegurar a transmissão de uma herança nacional” unindo as gerações em torno desta, o que vem a se caracterizar como um “instrumento primordial de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais” (art. 3º, 1 e 2, Lei 107).

Os cidadãos portugueses são portadores de direitos e obrigações. Primeiramente, o de “fruição dos valores e bens que integram o património cultural, como modo de desenvolvimento da personalidade”. Esta fruição também deve ser devidamente estabelecida em relação aos bens privados, com a necessidade de

património cultural português ou património cultural arquitectónico as estruturas imóveis criadas e implantadas no território pelo homem, ou que o homem produziu transformando a Natureza, dotadas de um valor simbólico”.

¹⁰⁶² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento de classificação de bens culturais. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 339-40.

colaboração entre a administração e os particulares, e as devidas garantias aos administrados.

Já quando se tratar dos públicos deverá ser “harmonizada com as exigências de funcionalidade, segurança, preservação e conservação destes”. Compete ao Ministério Público e aos lesados as iniciativas de defesa dos bens culturais e de outros valores integrantes do patrimônio cultural que configurem violações de tais direitos, previstos na norma de proteção (art. 7º, 1, 2 e 3, 8º e 9º, Lei 107).

O dever de preservação e defesa do patrimônio cultural é coletivo, compreendendo não atentar contra a sua integridade, não contribuir para a sua evasão ilegal ao exterior, atuar em prol da defesa, conservação e contribuição para impedir a perda, destruição ou deterioração de bens culturais. Já a valorização envolve a divulgação, o acesso à fruição e o enriquecimento dos valores culturais (art. 11). Tratam-se aqui de tarefas fundamentais dos cidadãos e do Poder Público (art. 12, Lei 107).

Também está prevista a valorização dos bens culturais, que de acordo com o art. 70, da Lei 107, consistirá em: conservação preventiva e programada; pesquisa e a investigação; proteção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, em especial os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios; acesso e a fruição; formação; divulgação, sensibilização e animação; crescimento e o enriquecimento; apoio à criação cultural; utilização, o aproveitamento, a rendibilização e a gestão, bem como às instituições técnicas e científicas. Os instrumentos dar-se-ão pela *classificação, inventário* e os mecanismos estabelecidos no art. 71¹⁰⁶³ da Lei 107.

¹⁰⁶³ Artigo 71.º Instrumentos

Constituem, entre outros, instrumentos do regime de valorização dos bens culturais:

- a) O inventário geral do património cultural;
- b) Os instrumentos de gestão territorial;
- c) Os parques arqueológicos;
- d) Os programas e projectos de apoio à musealização, exposição e depósito temporário de bens e espólios;
- e) Os programas de apoio às formas de utilização originária, tradicional ou natural dos bens;
- f) Os regimes de acesso, nomeadamente a visita pública e as colecções visitáveis;
- g) Os programas e projectos de divulgação, sensibilização e animação;
- h) Os programas de formação específica e contratualizada;
- i) Os programas de voluntariado;
- j) Os programas de apoio à acção educativa;
- l) Os programas de aproveitamento turístico;
- m) Os planos e programas de aquisição e permuta.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 309/2009 estabelece em seu preâmbulo ser uma “tarefa fundamental do Estado proteger e valorizar o património cultural como instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana”, o que também é objeto de “direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e identidade nacionais”.

De forma geral, as funções de tutela do bem cultural compreendem várias medidas e intervenções destinadas à sua garantia e à satisfação do interesse da coletividade na sua fruição. Em especial, envolvendo atos de conservação e de valorização, realizando as medidas necessárias para a manutenção do objeto e a evitação de dano, aliados ao empreendimento de meios destinados a propiciar e aperfeiçoar o acesso dos cidadãos ao património cultural.

1.2.1 Das Formas de Proteção

Para fins protetivos são considerados bens culturais os imóveis e móveis que “representem testemunho material com valor de civilização ou de cultura”. (art. 14º). Ambos podem ser considerados como de *interesse: nacional, público ou municipal*. O imóvel de interesse nacional será designado *monumento nacional*, e o móvel como *tesouro nacional*. Os imóveis podem ser classificados na categoria de *monumento, conjunto ou sítio* (art. 15º, 1, 2 e 3).¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶⁴ Artigo 15.º

Categorias de bens

1 - Os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que tais categorias se encontram definidas no direito internacional, e os móveis, entre outras, às categorias indicadas no título VII.

2 - Os bens móveis e imóveis podem ser classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal.

3 - Para os bens imóveis classificados como de interesse nacional, sejam eles monumentos, conjuntos ou sítios, adoptar-se-á a designação «monumento nacional» e para os bens móveis classificados como de interesse nacional é criada a designação «tesouro nacional».

4 - Um bem considera-se de interesse nacional quando a respectiva protecção e valorização, no todo ou em parte, represente um valor cultural de significado para a Nação.

5 - Um bem considera-se de interesse público quando a respectiva protecção e valorização represente ainda um valor cultural de importância nacional, mas para o qual o regime de protecção inerente à classificação como de interesse nacional se mostre desproporcionado.

6 - Consideram-se de interesse municipal os bens cuja protecção e valorização, no todo ou em parte, representem um valor cultural de significado predominante para um determinado município.

7 - Os bens culturais imóveis incluídos na lista do património mundial íntegram, para todos os efeitos e na respectiva categoria, a lista dos bens classificados como de interesse nacional.

8 - A existência das categorias e designações referidas neste artigo não prejudica a eventual relevância de outras, designadamente quando previstas no direito internacional.

As formas de proteção serão as de *classificação e inventariação*, a serem devidamente registradas (art. 16). Para a sua definição serão levados em conta como critérios singular ou cumulativo o *caráter matricial* do bem, o *gênio* do seu criador, o *interesse* do bem como *testemunho* simbólico ou religioso, ou como testemunho notável de vivências ou fatos históricos, o *valor* estético, técnico ou material intrínseco do bem, a *concepção* arquitetônica, urbanística e paisagística, a *extensão* do bem e o que nela se reflete do ponto de vista da memória coletiva, a *importância* do bem do ponto de vista da investigação histórica ou científica, as *circunstâncias* susceptíveis de acarretarem diminuição ou perda da perenidade ou da integridade do bem (art. 17).

Em se tratando de “critérios genéricos”, entendemos que não taxativos, e outras virtudes podem ser dignas de apreciação sobre o bem cultural; também a incidência de tais critérios podem figurar de forma individual ou não cumulativa. Aqui, o “interesse cultural do bem não depende exclusivamente do número de critérios que ‘satisfaz’, mas também da graduação da relevância do bem para cada um deles”.¹⁰⁶⁵

1.2.1.1 Da Classificação

Conforme Sérvulo Correia a classificação de bens culturais é o ato administrativo “que constitui a certeza jurídica do valor cultural de uma coisa para efeito da submissão desta ao regime jurídico do património cultural e eventual asitua nas subcategorias que a lei estabelece para os bens de valor cultural”.¹⁰⁶⁶

De acordo com o art. 18º¹⁰⁶⁷ da Lei 107/2001, de Portugal, a classificação é o ato derradeiro de um procedimento administrativo, por via do qual é determinado se

¹⁰⁶⁵ DURO, João Canelhas. O procedimento de classificação dos bens culturais privados. *Revista ODireito*, ano 146, 2014, II, p. 342.

¹⁰⁶⁶ CORREIRA, José Manuel. Procedimento de classificação de bens culturais. In: *Direito do património cultural*, op. cit., p. 330.

¹⁰⁶⁷ Artigo 18.º

Classificação

1 - Entende-se por classificação o acto final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural.

2 - Os bens móveis pertencentes a particulares só podem ser classificados como de interesse nacional quando a sua degradação ou o seu extravio constituam perda irreparável para o património cultural.

certo bem possui um *inestimável valor cultural*. Já sua regulação imobiliária é definida no Decreto-Lei nº 309/2009, o qual, para fins de *proteção e valorização do património cultural imóvel*, define o procedimento para a sua *classificação*, além do regime das *zonas de proteção* e das regras para elaborar o plano de *pormenor salvaguarda* (art. 1º).

Daí resultam dois efeitos. Primeiramente, em termos diretos, tem a certeza ea comprovação do valor cultural inestimável de determinado bem, o qual é estabelecido com carácter de autoridade. E, segundo, em nível reflexo, o objeto classificado fica sujeito a um regime especial,¹⁰⁶⁸ capaz de gerar certas limitações (como em face do direito de propriedade), bem como obrigações e abstenções.

De acordo com Carla Gomes o património cultural é o “resultado da sedimentação temporal da vivência de um povo”, constituindo-se “um retrato depurado das fases da evolução civilizacional da comunidade a que se reporta, o conjunto de marcos simbólicos que permite reconstruir o percurso de realizações”. Já a “classificação é o ato administrativo que visa individualizar um regime de proteção e valorização específico relativamente a um certo bem, atento ao seu interesse cultural”, de acordo com um *inestimável valor cultural* e integrando a noção de *bens culturais*.¹⁰⁶⁹

Com efeito, incide um conceito indeterminável sobre o que seria um bem de inestimável valor cultural, o que pode ser contemplado por via de critérios práticos a se examinar no caso concreto e com base nas diretrizes do art. 17º da Lei 107. De qualquer forma, estamos diante de uma ampla margem de manobra para a proteção de tais objetos, junto com restrições compatíveis com as intervenções, o que se mostra acertado por parte do legislador.¹⁰⁷⁰

O âmbito de classificação dos bens imóveis será nas categorias de monumento, conjunto ou sítio, podendo abranger prédios urbanos, rústicos,

3 - Dos bens móveis pertencentes a particulares só são passíveis de classificação como de interesse público os que sejam de elevado apreço e cuja exportação definitiva do território nacional possa constituir dano grave para o património cultural.

4 - Só é possível a classificação de bens móveis de interesse municipal com o consentimento dos respectivos proprietários.

¹⁰⁶⁸ BRITO, Miguel Nogueira. O procedimento de classificação de bens culturais. In: Direito da cultura e do património cultural, op. cit., p. 429.

¹⁰⁶⁹ GOMES, Carla Amado. Desclassificação e desqualificação do património cultural: ideias avulsas. In: Textos dispersos do direito do património cultural [...], op. cit., p. 75-8.

¹⁰⁷⁰ TEIXEIRA, Glória; SILVA, Sérgio. Direito do património cultural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 5, 2007, p. 38.

edificações ou outras construções de caráter permanente, como jardins, praças ou caminhos (art. 2º). A graduação de interesse será do tipo nacional, público ou municipal. A qualidade de monumento nacional abrange monumentos, conjuntos ou sítios (artigos 2º e 3º, DL 309).

A classificação de um bem como de interesse nacional será feita por Decreto do Governo, ficando ele submetido a uma “especial tutela do Estado”, vindo a absorver e preponderar sobre as formas de interesse público ou regional. Se for de interesse público será implementada por Portaria, os demais atos serão de acordo com a respectiva lei (artigos 28º e 31º, 1 e 2, Lei 107).

O procedimento de classificação pode ser iniciado oficiosamente a requerimento de qualquer interessado, seja pessoa física ou organismo, público ou privado, nacional ou estrangeiro (art. 4º, DL 309). É ônus dos interessados carrear aos autos todos os elementos de relevo para a decisão, e caso estejam em número superior a 10 deverá ser realizada consulta pública (art. 27º, Lei 107). Os requisitos para a abertura e as demais etapas do procedimento estão previstos entre os artigos 23º a 30º da Lei nº 107/2001 e os artigos 5º a 13º e 18º a 34º, do Decreto-Lei nº 309/2009.¹⁰⁷¹

Desde o início, os “bens em vias de classificação ficam sujeitos a um regime especial” protetivo, na forma da lei, sendo o marco inicial considerado a notificação ou publicação do ato que determinou a abertura do procedimento, cujo prazo máximo será de 60 dias úteis, a contar do ingresso do pedido (art. 25º, Lei 107).

Este regime especial de proteção, ainda que provisório, é muito próximo em seus efeitos ao da decisão final, tendo em vista o longo manto protetivo que se estende ao objeto. Inclusive, se equipara perfeitamente à norma brasileira do Decreto-Lei nº 25/1937, quando no seu art. 10, §1º, estabelece que em termos de efeitos “o tombamento provisório se equipará ao definitivo”.¹⁰⁷²

¹⁰⁷¹ BRITO, Miguel Nogueira de. O novo regime do procedimento de classificação de bens culturais imóveis. *In: Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*, ATHAYDE, Augusto de; GARCIA, Maria da Glória F. P. D.; CAUPERS, João, Coimbra: Almedina, 2010, p. 1102-6.

¹⁰⁷² CASTRO, Vitória Izabel Silva. A classificação e o tombamento dos bens do património cultural numa perspectiva luso-brasileira. Estudos de direito administrativo dos bens, MIRANDA, João (Org.), Lisboa: AAFDL, 2015, p. 397, explica que “apesar da diferença de nomenclatura, a classificação e o tombamento são bastante semelhantes. Como vimos, o tombamento é a classificação no Brasil. Tanto no Brasil quanto em Portugal, a cultura recebe um amplo e detalhado tratamento constitucional, que inclui um dever da Administração de proteção do património cultural, um dever de todos de preservação do património cultural e um direito de todos à fruição do património cultural. A

A decisão de qualificar o bem como em vias de classificação gera efeitos não apenas em relação ao proprietário e aos detentores dos direitos reais sobre o bem, mas também em terceiros compreendidos no perímetro da zona de proteção, e ainda em relação a toda a comunidade, tendo em vista que a proteção e valorização do patrimônio cultural trata-se de um interesse direto e coletivo, cuja fruição afeta a muitos.

Para tanto, a decisão de colocar o objeto em classificação não pode ser automática, mas sim devidamente fundamentada e precedida da análise de elementos mínimos indiciários quanto à valia cultural do bem, identificando com a maior precisão possível os objetos que abrange. Da mesma forma, se não pender condições de urgência ou risco para o objeto, seria interessante a oitiva prévia dos interessados antes da decisão.

Em que pese a verificação inicial de um bem como em estágio de classificação e os indícios carreados, nada impede que tal decisão seja revista, ou ao final não confirmada, como em casos de ilegalidade, por vícios na instrução, ou por violação de alguma norma superior, ou por fato grave como a falsificação de documentos, ou, ainda, por algum equívoco na apreciação da grandeza e qualidade do bem, como um erro quanto à autoria do objeto.

No caso dos imóveis prevê o art. 21 do Decreto-Lei nº 309/2009 que o tipo de valor e interesse cultural a ser avaliados diz respeito ao seu teor: *histórico, paleontológico, arqueológico, arquitetônico, artístico, etnográfico, científico, social, industrial e técnico*. Para tanto devem ser devidamente analisadas as questões ligadas à memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade.

A partir do que, a classificação do objeto como grau de interesse nacional, público ou municipal, “deve ser justificada em função do valor cultural do bem imóvel na perspectiva da sua proteção e valorização”. Entendemos que tais valores não são taxativos, tendo em vista que a dinâmica social e o surgimento de novos interesses possam acarretar o reconhecimento de terceiros não arrolados quando na edição do decreto.

classificação, e por óbvio, o tombamento são apenas uma das formas de atuação administrativa, dentre outras destinadas à preservação do patrimônio cultural”.

Quanto ao prazo, determina o art. 24º da Lei 107 que o procedimento de classificação deve ser concluído no prazo máximo de um ano, podendo ser prorrogado até o limite deste prazo máximo. No caso de zona especial de proteção o prazo máximo é de 18 meses.

Transcorridos tais lapsos os interessados podem denunciar a mora no prazo máximo de 60 dias, cabendo neste mesmo tempo à Administração decidir, sob pena de caducidade do procedimento. Os casos de caducidade são regulados no art. 34 do Decreto-Lei 309, sendo que se tal evento efetivamente vier a ocorrer, a abertura de novo expediente de classificação apenas poderá ser realizada se devidamente fundamentada.

De acordo com o art. 94º da Lei 107, a classificação de bens culturais como de interesse nacional incumbe aos competentes órgãos e serviços do Estado. Se forem bens de interesse público incumbirá aos órgãos e serviços do Estado ou das Regiões Autônomas quando o bem ali se localizar. Já os bens culturais de interesse municipal tocam aos municípios classificá-los. Neste caso, a classificação municipal será precedida de parecer dos competentes órgãos e serviços do Estado, ou Regiões Autônomas se o município aí se situar, sendo que o silêncio do órgão competente após 45 dias vale como parecer favorável.

A classificação das Regiões Autônomas devem ser comunicadas ao Estado, e as dos municípios ao Estado, ou ao Estado e à Região Autônoma. No caso da classificação de bens culturais pertencentes a igrejas e a outras ordens religiosas, a competência é exclusiva do Estado e das Regiões Autônomas. À competência para classificar e inventariar também corresponde a de emitir atos em sentido contrário.

A decisão final no procedimento que versa sobre a proteção de determinado bem deve ser devidamente fundamentada, identificando com precisão o objeto e as partes interessadas em face das quais serão produzidos os efeitos legais. A decisão deve ser publicada, assim como deverão ser notificadas as partes (e até as associações envolvidas), o município em cuja área esteja o bem (caso não seja ele próprio ente instrutor). A decisão começará a produzir efeitos a partir da notificação das pessoas diretamente interessadas (artigos 28º e 29º, Lei 107).

Em termos de imóveis, o Instituto de Gestão do Patrimônio Arquitetônico e Arqueológico (IGESPAR, I. P.),¹⁰⁷³ ora sucedido pela Direção Geral do Patrimônio Cultural, elabora um relatório final do procedimento contemplando os elementos relevantes da instrução, a partir do que o seu Diretor formula uma proposta de decisão final do processo de classificação, contendo, quando possível, a fixação da zona especial de proteção.

A decisão final do procedimento de classificação do imóvel como de interesse nacional caberá ao Governo, mediante Decreto, e, se de interesse público, caberá ao membro do Governo responsável pela área da cultura, sob a forma de Portaria. Após, os interessados são notificados, a decisão é publicada e o objeto é identificado com placa informativa sobre a sua condição de classificado (artigos 29º a 33º do DL 309).

Para tal conclusão a “dependência do elemento técnico é grande, na medida em que a decisão de classificar deve assentar num relatório/parecer elaborado por profissionais envolvidos na apreciação do interesse cultural do bem” em causa, contemplando “a sua representatividade no contexto civilizacional da comunidade”,¹⁰⁷⁴ ainda que envolva a pesquisa por vários profissionais,¹⁰⁷⁵ em diferentes áreas do saber. Pela sua natureza e o nível de direitos em discussão, tanto a decisão inicial como a final de classificação é impugnável e sujeita a recurso.¹⁰⁷⁶

A partir da classificação, os proprietários, possuidores e demais titulares dos direitos reais sobre o bem, deverão ter acesso aos regimes de apoio, incentivos, financiamentos e estipulação de acordos e outros contratos e benefícios que lhe sejam de interesse (art. 60º, nº 1, Lei 107). Sem prejuízo das necessárias e respectivas limitações e restrições previstas nas normas aplicáveis (art. 31º, Lei 107).

¹⁰⁷³ Sobre o tema ver PINHEIRO, Nuno Santos. O papel do instituto português do património arquitectónico e arqueológico na protecção do património. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 499-515.

¹⁰⁷⁴ GOMES, Carla. Textos [...], 2008, op. cit., p. 91.

¹⁰⁷⁵ CASTRO. Sonia Rabello de. O estado na preservação de bens culturais: o tombamento. Rio de Janeiro:

Renovar, 1991, p. 43-44, explica que a questão da preservação vem se tornando mais complexa, “envolvendo estudos especializados e reflexão da qual participam técnicos de várias áreas”. Por isto, para a qualificação de um bem cultural, além dos profissionais da arquitetura talvez seja necessária a intervenção de outros, dentro das ciências sociais.

¹⁰⁷⁶ CLARO, João Martins. Enquadramento e apreciação crítica da Lei nº 13/1985. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 311.

Em relação aos bens classificados, ou em vias de classificação, no caso de alguma situação de ameaça o seu proprietário ou titular do direito real deve comunicar aos respectivos órgãos públicos sobre o caso de perigo que possa configurar alguma ameaça e afetar o seu interesse como bem cultural (art. 32º, Lei 107). Tão logo a administração pública tenha ciência de uma situação de risco de destruição, perda, extravio ou deterioração, deverá o órgão competente determinar as medidas provisórias e técnicas de salvaguarda indispensáveis à conservação do objeto, fixando termos e prazos para a sua execução (art. 33º, Lei 107).

No caso dos bens móveis, na hipótese de descumprimento dos deveres gerais por parte do responsável que venham a acarretar um sério risco de degradação ou dispersão do objeto, poderá o respectivo órgão público competente determinar a transferência do bem classificado, na condição de depósito, para a guarda de museus, bibliotecas e arquivos (art. 58º, nº 2, Lei 107).

De acordo com o art. 60º da Lei nº 107 a classificação do bem gera os seguintes ônus e restrições: dever do responsável comunicar a alienação do bem, com regras próprias sobre a transferência ou cedência entre instituições e órgãos públicos; sujeição à prévia autorização do serviço competente de qualquer tipo de intervenção no objeto (alteração, conservação ou restauro), o que só pode ser realizado por técnico especializado; e identificação do bem com sinalética própria; especialmente no caso dos imóveis, e a existência de documento para registros ao encargo do seu detentor.

Por sua vez, conforme o art. 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 309, o estágio em vias de classificação de um bem imóvel desde já gera os seguintes efeitos: dever de comunicação das situações de perigo; realização das condutas indispensáveis à salvaguarda do bem; vedação do usucapião (art. 34º); dever de comunicar, dação, transmissão por herança, legado, ou qualquer alteração sobre o direito real de gozo; pedido de autorização prévia para qualquer intervenção, inclusive inscrições, pinturas, colocação de anúncios, cartazes ou outro material; a suspensão dos procedimentos de concessão de licenças ou autorizações, e da admissão de comunicações prévias. Também, incidem perante terceiros as restrições previstas para a zona geral de protecção ou zona provisória, conforme o art. 43º da Lei 107/2001 e o art. 16 do Decreto-Lei nº 309/2009.

Somam-se a estas os efeitos do art. 45 da Lei 107, o qual determina que os estudos e projetos para conservação, modificação, reintegração ou restauro dos bens devem ser obrigatoriamente elaborados e subscritos por técnicos de qualificação legalmente reconhecida ou sob a sua responsabilidade direta, devendo estes integrarem relatório sobre a importância e a avaliação artística ou histórica da intervenção, da responsabilidade de um técnico competente na área.

Para sua realização deverá ocorrer a devida autorização e acompanhamento do órgão competente para a decisão final do procedimento de classificação. Finda a intervenção, deverá ser remetido ao órgão competente um relatório contendo natureza da obra, técnicas, metodologias, materiais e tratamentos aplicados, além de documentação gráfica, fotográfica, digitalizada ou outra sobre a intervenção.

Nesta linha, o Decreto-Lei nº 140/2009 de Portugal trata do regime jurídico dos estudos, projetos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação. De modo que as intervenções em bens imóveis obedecem às regras procedimentais do regime jurídico da urbanização e edificação, adaptada às regras e especificidades do património cultural imóvel (preâmbulo e art. 1º).

Ainda, a partir do art. 42º da Lei 107 ficam suspensos procedimentos de concessão de licença ou autorização loteamento, urbanização, edificação, demolição, movimento de terras ou atos equivalentes, sendo ainda suspenso os efeitos das licenças e autorizações já concedidas, na forma da lei. As operações que se realizarem em desconformidade com o presente são consideradas ilegais, podendo a administração pública responsável ordenar a reconstrução ou demolição pelo infrator ou às suas custas e com as devidas adaptações.

Quanto à demolição do bem, pelo art. 49º fica vedada a sua autorização parcial ou total para os imóveis classificados ou em vias de classificação, salvo prévia e expressa autorização do órgão competente, em caso da existência de ruína ou da “verificação em concreto da primazia de um bem jurídico superior” em relação ao património cultural. Ainda assim, “devem ser decretadas as medidas adequadas à manutenção de todos os elementos que se possam salvaguardar”, com a demolição apenas do estritamente necessário. Exemplificando, podemos citar um prédio histórico classificado em situação de ruínas, mas que corre o risco de

desabar, devendo de pronto serem adotadas medidas para a sua salvaguarda, diante dos riscos que representa para os habitantes do entorno.

Nesse ponto, interessante invocar a decisão do Superior Tribunal Administrativo de Portugal que, em 2002, pronunciou-se numa providência cautelar de um ato de expropriação urgente de utilidade pública, para sustar a construção de um trecho de rodovia na zona de proteção de um imóvel em vias de classificação, o que levaria a sua demolição, sendo tal impedido.¹⁰⁷⁷

A classificação como monumento, conjunto ou sítio obriga a elaboração de um “plano de pormenor de salvaguarda para a área a proteger”. Tais bens estão imunes à intervenção ou obra no seu exterior ou interior, bem como à mudança no seu uso que possa afetá-los. Salvo autorização expressa e o acompanhamento do órgão competente, ou ainda a realização de intervenções que venham a qualificar elementos do seu contexto ou a retirar elementos espúrios. As autorizações concedidas anteriormente a sua classificação dependem de novo parecer favorável da administração para validá-las (artigos 51º, 52º, 53 e 54, Lei 107).

Os respectivos conceitos sobre patrimônio arquitetônico, relativo a bens imóveis (conjuntos arquitetônicos, sítios, monumentos e edificações), são fornecidos pelo art. 1º, nº 1º, da Convenção de Granada para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa (1985)¹⁰⁷⁸ e integrada ao sistema português pelo Decreto do Presidente da República nº 5/1991.

¹⁰⁷⁷ GOMES, Carla, Textos [...], 2008, op. cit., p. 95-6: “Com a destruição do imóvel a proteger, considerado de interesse cultural, em caso de provimento do recurso e de anulação ou declaração de nulidade do acto impugnado, será impossível repor a situação jurídica violada pelo acto recorrido, pela própria natureza do imóvel em causa. A alteração da situação jurídica operada pela imediata execução do acto suspendendo será irreversível. Nem se objecte, como faz a autoridade recorrida, apeando para o constante da ‘vistoria ad perpetuam rei memoriam’ que o imóvel se encontra em ruínas. O facto de, porventura, se encontrar em ruínas – e resta saber o preciso alcance da expressão utilizada – não colide com o seu interesse de património cultural, nem impede a possibilidade de sua recuperação. De resto, a quasi generalidade do nosso património cultural esteve ou ainda está em ‘ruínas’ antes de ser objecto da necessária conservação e reparação. Se atendêssemos a tal critério, muito poucos seriam hoje, em Portugal, os edifícios de interesse histórico ou cultural. e também não é o facto de não estar ainda classificado que lhe retira o interesse” (Acórdão STA, 26-09-2002, ponto 2.2.1.).

¹⁰⁷⁸ Definição do património arquitectónico

Artigo 1.º Para os fins da presente Convenção, a expressão «património arquitectónico» é considerada como integrando os seguintes bens imóveis:

1) Os monumentos: todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos que fazem parte integrante de tais construções;

Outrossim, uma lacuna surge quando estivermos diante de situação em que a conservação do bem for excessivamente onerosa para o seu responsável. Pelo art. 19 do Decreto-Lei nº 25/1937 brasileiro,¹⁰⁷⁹ o proprietário do bem tombado poderá contar com o apoio do poder público.

Entretanto, a antiga Lei portuguesa 13/1985, anterior a atual norma de proteção, “admitia o custeio das obras por parte do Estado nos casos em que os responsáveis não possuísem condições para o pagamento integral das obras necessárias para a conservação do bem”, assim como no caso das obras representarem “um investimento desproporcional em se tratando de um bem com limitadas potencialidades econômicas”.¹⁰⁸⁰

Contudo, apesar de a atual norma manter os deveres de conservação, esta não estabelece mecanismos explícitos de auxílio e custeio, salvo as previsões dos artigos 31º, nº 3º, 60, nº 1, e 97 da Lei 107/2001, de que os proprietários, possuidores e titulares de direitos reais de bens classificados, terão acesso aos regimes de apoio, incentivos, financiamentos e estipulação de acordos e outros contratos, reforçados de forma proporcional ao maior peso das limitações.¹⁰⁸¹ Assim,

2) Os conjuntos arquitectónicos: agrupamentos homogéneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objecto de uma delimitação topográfica;

3) Os sítios: obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogéneos para serem objecto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.¹⁰⁷⁹ Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Património Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Património Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Património Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

¹⁰⁸⁰ GUIMARAÊS, Nathália Arruda. A protecção do património cultural arquitectónico no contexto da ordem urbanística do Brasil e de Portugal. Breves comentários. *Revista Lusíada Direito*, Porto, nº 1 e 2, p. 386. Sobre o tema ver, SANCHES, José Luís Saldanha. Direito fiscal e património cultural. In: *Direito do património cultural*, op. cit., p. 355-73; e GOMES, Nunes Sá. Os incentivos fiscais na tributação do património cultural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano III, 2006, p. 589-611.

¹⁰⁸¹ SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. Da ‘contemplanção da ruína’ ao património sustentável. Contributo para uma compreensão adequada de bens culturais. Coimbra, *Revista*

entendemos que tais dispositivos carecem de regulamentação específica para a sua aplicação prática e efetiva.

Logo, cremos estar autorizada a intervenção do Poder Público no custeio de despesas, mormente se equacionarmos de um lado as restrições impostas aos titulares do bem, e de outro a grandeza dos ganhos coletivos, com a conservação do patrimônio cultural. Mas, é lógico, tudo submetido a um regular procedimento, que respeite os princípios administrativos e que não perca de vista o princípio da proporcionalidade, na ponderação dos bens e interesses, custos e benefícios do caso concreto.

Com efeito, pontua Canelhas Duro sobre os interesses a ponderar, se estaria restrito ao interesse cultural do bem ou se seria possível uma harmonização de eventuais interesses conflitantes. Esgrima primeiramente com a doutrina italiana a qual “entende em larga maioria que a declaração de interesse cultural não comporta qualquer ponderação de (outros) interesses, ainda que sejam interesses públicos, sendo este também o posicionamento da jurisprudência”. E se posiciona que “o procedimento de classificação visa exclusivamente à indagação do interesse cultural do bem”, não dizendo respeito a qualquer outra questão, de modo que tal interesse prevalece sobre eventuais direitos privados prejudicados, os quais, em sendo o caso de dano, poderão ser compensados por indenização. No caso de interesses públicos, o procedimento também deve cingir-se ao interesse cultural do bem e que só após a classificação seria o caso de se indagar sobre eventual interesse de equivalente ou maior grandeza, já que não cabe ao longo de seu trâmite formular ponderações.¹⁰⁸²

Sobre a natureza jurídica da classificação entendemos que possui caráter misto. Em primeiro lugar é declarativa, pois apenas vem a cancelar uma situação preexistente, reconhecendo a anterior valia do bem, enquanto patrimônio cultural que já desfilava perante a sociedade, em que pese ainda ausente de um selo oficial conferido pelo poder público. Mas também é constitutiva, pois irá inscrever o objeto num rol preciso e restrito, conferindo-lhe diversos efeitos, com direitos e vedações,

CEDOUA, nº 10, ano Vol. 2, 2002, p. 73, se mostra favorável aos subsídios e custeio público para a conservação do bem, argumentando que “a questão apenas pode ser solucionada no âmbito de outros princípios fundamentais, máxime, o princípio da igualdade e o princípio da justa repartição dos encargos públicos”.

¹⁰⁸² DURO, 2014, p. 348-50. Entre os italianos invoca Massimo Severo Giannini, Antônio Mansi e Adele Postrelli.

as quais se manifestam perante o proprietário, o poder público, terceiros e a própria sociedade no seu direito de usufruir do bem.

Carla Gomes posiciona-se que o ato de classificação possui dupla vertente, “atesta as qualidades de um bem por recurso a ciências extra-jurídicas” e a partir de tais características irá investir o bem de determinado estatuto. Inclusive, esta dupla dimensão: declarativa e constitutiva, ficou evidente numa decisão do Supremo Tribunal Administrativo de 1987, ao apreciar e manter o ato de classificação de um moinho de maré, afastando eventual invalidade por erro sobre os pressupostos de fato.¹⁰⁸³

Ocorre que se trata de um ato administrativo que regula um conjunto de interesses ponderados pela administração, mas sem que surja propriamente qualidades novas ao objeto, as quais lhe são preexistentes. Contudo, após o ato ocorre uma transformação no plano jurídico do bem classificado. Primeiro, cria um efeito jurídico, ao conferir certeza legal sobre a natureza do bem enquanto patrimônio cultural, repelindo eventual posição contrária. E, a seguir, cria um efeito reflexo, ao submetê-lo a todo um regime jurídico particular e sujeitando os seus envolvidos a esta nova ordem.¹⁰⁸⁴

O poder de classificar é vinculativo. Ou seja, na existência das razões e fundamentos que enquadram o bem enquanto patrimônio cultural, não é lícito eximir-se da classificação, assim como um objeto não pode ser listado se ausente as suas qualidades enquanto bem cultural.

Contudo, o ato está condicionado à chamada “discricionariedade técnica”,¹⁰⁸⁵ na medida em que é o respectivo avaliador quem irá arrolar as virtudes de

¹⁰⁸³ GOMES, Carla Textos [...], 2008, op. cit., p. 92-4. No caso, apoiado num parecer do Instituto Português do Património Cultural foi firmado que apesar do acentuado estado de degradação, ora ruína, o moinho era um raro exemplar de “arquitetura industrial” e, pois, merecedor de classificação como “imóvel de interesse público”. Em face da alegação de que uma ruína não reveste qualquer interesse cultural, muito menos relevante, o Tribunal firmou: “[...] saber se determinado imóvel oferece ‘considerável interesse público sob o ponto de vista artístico, histórico e turístico’ envolve a formulação de um juízo de mérito segundo regras técnicas ou científicas que implicam um conhecimento especializado sobre tal assunto. A Administração, ao formular tal juízo exerce, na concretização de conceitos indeterminados uma atividade de discricionariedade técnica insusceptível salvo erro grosseiro, de sindicabilidade contenciosa. Foi o que fez a Administração ao declarar o moinho da Quinta da Palmeira de interesse público [...] Por isso o Tribunal não pode emitir juízos próprios sobre tal matéria” (Acórdão do STA, I, 22/10/1987, p. 140-1).

¹⁰⁸⁴ CORREIA, José op. cit., p. 338. Ver também CORREIA, Fernando Alves. Manual de direito do urbanismo. Coimbra: Almedina, p. 222 e ss.

¹⁰⁸⁵ ARAÚJO, Fernanda, op. cit., p. 25, aponta que a decisão se opera dentro de critérios de “discricionariedade técnica”, tornando escassas as possibilidades de anulação do ato de

determinado objeto, de acordo com questões técnicas, científicas, históricas, artísticas, arquitetônicas e culturais em sentido amplo, e que sejam capaz de dotá-lo da condição singular de patrimônio cultural. Ainda assim, tal domínio técnico poder ser sindicado e invalidado no caso de erro, como quanto à condição, origem e qualidade do bem, ou se a sua classificação decorrer de má-fé sem que ele se revestisse das devidas condições.

Finalmente, o art. 35º do DL 309 prevê ainda a “desclassificação”, cujo início do procedimento depende de manifestação favorável do membro do responsável pela área de cultura, devendo-se seguir as notificações, comunicações necessárias e consulta pública, nas formas previstas para a classificação. Todavia, o início do processo não suscita os efeitos da classificação, devendo aguardar-se eventual decisão final neste sentido.

A desclassificação é considerada o ato que “desinveste o bem de um estatuto de interesse cultural que lhe fora atribuído por um ato anterior”. Tal decisão se traduz num novo juízo de valor sobre as circunstâncias que embasaram a classificação, cujos pressupostos anteriores são revistos. Ela pode ser determinada em virtude da degradação natural de um bem, o que lhe retirou o seu valor, ou pela prática de um dano (ativo, omissivo, doloso ou culposos), que afetou a sua constituição, ou mesmo pela reavaliação das anteriores condições que sustentaram a caracterização do bem como de interesse cultural relevante.¹⁰⁸⁶

1.2.1.2 Do Inventário

A outra forma de proteção é o Inventário e que, conforme o art. 19º da Lei 107/2001 de Portugal, consiste no “levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação”, independente do regime de propriedade do objeto. O inventário inclui os bens classificados e os em via de classificação, independente do

classificação. “Em bom rigor, os nossos tribunais têm reconhecido que só a violação do princípio da legalidade ou erros de facto em que terá sustentado a decisão de abertura de um processo de classificação (por exemplo, que determinado edifício remonta ao período romano, sendo, na realidade, uma tentativa de o ser), poderão ser decisivos e justificativos de uma anulação daquele acto”.

¹⁰⁸⁶ GOMES, Carla, Textos [...], 2008, op. cit., p. 97.

desfecho do respectivo procedimento, e os demais que mereçam ser inventariados nos termos da lei (art. 2.º n.ºs 1, 3 e 5, e art. 14, n.º 1).

Conforme o art. 61.º da Lei 107 os bens inventariados passam a gozar “de proteção com vista a evitar o seu perecimento ou degradação, a apoiar a sua conservação e a divulgar a respectiva existência”. O inventário geral do património cultural será realizado pelo Governo, sem prejuízo da necessidade de articulação com outros inventários já existentes.

O procedimento de inventário divide-se entre bens particulares e públicos. O primeiro pode ser requerido por qualquer interessado mediante pedido fundamentado, sendo dirigido para bem, conjunto ou coleção de que seja detentor. A respectiva decisão deverá ser lavrada no prazo de 90 dias, e a inclusão no inventário confere ao detentor benefícios reconhecidos em norma e um título de identidade (art. 62.º, Lei 107). Apenas a título excepcional e com suporte em despacho fundamentado do competente membro do governo responsável pela área da cultura, os bens não classificados pertencentes a pessoas privadas serão incluídos no inventário sem o acordo destas (art. 19.º, 5, Lei 107).

Já, em relação aos bens públicos, o respectivo órgão deve apresentar à administração do património cultural competente o requerimento, instruído com descrição de todos os bens pertencentes às entidades que representam, susceptíveis de integrar o património cultural, de acordo com os artigos 2.º, 14.º e 63.º da Lei 107.

A lei de proteção não chega a estabelecer outros critérios ou requisitos,¹⁰⁸⁷ tampouco diferenciar as qualidades de um bem para ser alvo de inventário ou de classificação, sendo certo que em ambos incidem os conceitos e diretrizes dos artigos 2.º e 14.º da Lei 107.

Para tanto, com base naquilo que podemos observar no presente estudo, bem como concatenando a lei brasileira com a portuguesa e com arrimo no princípio da graduabilidade, entendemos que a classificação é uma forma mais graduada de

¹⁰⁸⁷ Também nada consta do Decreto-Lei n.º 309/2009. Contudo, encontraremos menção expressa no art. 2.º da Convenção de Granada, em vigor em Portugal:

Identificação dos bens a proteger

Artigo 2.º A fim de identificar com precisão os monumentos, conjuntos arquitectónicos e sítios susceptíveis de serem protegidos, as partes comprometem-se a manter o respectivo inventário e, em caso de ameaça dos referidos bens, a preparar, com a possível brevidade, documentação adequada.

tutela, tanto é, que é capaz de gerar efeitos imediatos a partir da decisão que coloca o objeto em regime de classificação, a exemplo do tombamento brasileiro.

Ainda, o Decreto-Lei nº 20.98/1932, que trata sobre a proteção, conservação, restauro, reintegração, classificação e conservação dos monumentos, prevê a organização do inventário de móveis ou imóveis que possuam valor artístico, histórico arqueológico ou numismático digno de inventariação (art. 2º), a ser dividido entre obras públicas e privadas, bem como fixando o direito de preferência do poder público sobre a alienação de tais bens. Por sua vez, o art. 5º do Decreto-Lei nº 38.906/1952, outorga ao Ministério da Educação o poder de transferir os bens móveis inventariados para a guarda de museus, bibliotecas e arquivos.

Conforme Simonetta Afonso, os bens inventariados não podem ser objeto de intervenções, restauro ou transformação sem prévia autorização, mas o Estado deve prestar o devido apoio ao responsável pelo objeto, quando necessário, para garantir a sua integral conservação. Os proprietários podem alienar tais bens livremente, devendo apenas comunicar a alteração da titularidade, porém, a exportação só é permitida mediante autorização governamental.¹⁰⁸⁸

Em termos normativos o inventário também está previsto no Decreto-Lei nº 148/2015, que estabelece o regime da classificação e inventariação dos bens culturais móveis; o Decreto-Lei nº 139/2009 que prevê a inventariação do patrimônio imaterial; a Lei nº 47/2004 que contempla o inventário museológico; e a Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé de 2004, que no seu art. 24, nº 3, arrola inventariação e a classificação.

1.2.1.3 Da Expropriação

A expropriação é o instrumento que as entidades de direito público empregam quando a prossecução de um interesse de ordem pública depende da aquisição de determinada propriedade. Trata-se de uma transferência coativa de um bem do seu proprietário para a administração, em razão de um interesse superior. Quando tiver

¹⁰⁸⁸ AFONSO, Simonetta Luz. Património cultural – reflexões sobre a sua prática. In: Direito do património cultural, op. cit., p. 522. A autora ainda arrola como meio protetivo a “catalogação”, pela qual a administração deve manter um registro atualizado dos bens culturais.

por causa a utilidade pública, pressupõe-se que o alcance de um certo interesse específico apenas se dará com tal apropriação.¹⁰⁸⁹

No caso do patrimônio cultural ela só poderá incidir para bens classificados ou em vias de classificação. Trata-se de um importante mecanismo para a sua preservação e valorização, diretamente dirigido para a sua tutela e do interesse cultural que o respectivo objeto reveste. Ela está disciplinada no art. 50 da Lei nº 107/2001, para que ocorra devem ser ouvidos os interessados e os órgãos consultivos, podendo incidir com base em três fundamentos.

A primeira caracteriza-se pela sua urgência, como instrumento de preservação do patrimônio cultural, diante de uma situação de perigo, quando por “responsabilidade do detentor, decorrente de violação grave dos seus deveres gerais, especiais ou contratualizados, se corra risco sério de degradação do bem” (art. 50, nº 1, letra “a”, Lei 107). Ou seja, o responsável pelo objeto deixou de cumprir as suas obrigações de tutela, criando um estado de perigo para a conservação do bem protegido.

Aqui como o objetivo maior é impedir a destruição do bem cultural, a expropriação torna-se necessária e urgente para evitar até mesmo que se inutilize o objeto. Secundariamente, alguns apontam ainda como efeito o sancionamento do proprietário em virtude do descumprimento dos seus deveres de preservação. Ela pode incidir tanto quando o proprietário não atua de acordo com a sua obrigação, as quais envolvem uma função e vinculação social da propriedade, como nas hipóteses que venha a se opor à classificação de um bem cultural, criando em decorrência uma situação de risco.¹⁰⁹⁰

Para que a expropriação tenha curso é necessário um juízo técnico atestar a situação de risco de degradação do bem. A partir do que, o ideal seria a notificação do responsável para que incrementasse as ações necessárias para a salvaguarda do bem. Contudo, a norma é omissa neste sentido, de modo que dado o caráter de urgência é possível que a administração proceda à expropriação

¹⁰⁸⁹ DURO, João Canelhas. A expropriação dos bens culturais. Revista Scientia Iuridica, Universidade do Minho, Tomo LXI, nº 330, set-dez 2012, p. 496. Para aprofundamento no tema vide SOARES, AnaCristina Figueiredo. O conceito de expropriação e a justa indemnização. Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação da Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, 2015.

¹⁰⁹⁰ DURO, 2012, op. cit., p. 498; e CORREIA, Fernando, op. cit., p. 406.

amparada no caráter de urgência e no incumprimento dos deveres de conservação do art. 46 da Lei 107.

A segunda ocorre quando “por razões jurídicas, técnicas ou científicas devidamente fundamentadas a expropriação se revele a forma mais adequada de assegurar a tutela do bem” (art. 50, n.º 1, letra “b”, Lei 107). O seu objetivo é o de valorizar o bem cultural e incrementar a sua funcionalidade de fruição pública.

Neste caso, a administração “entende que a propriedade privada de determinado bem cultural constitui um obstáculo intransponível para efetivar a valorização cultural, materializada em disponibilização pública, que tal merece”. De qualquer forma, a sua legitimidade sempre dependerá de que realmente seja “um meio necessário e insubstituível para a prossecução do interesse público” e se no caso em concreto a “expropriação é a única forma de viabilizar a pretendida valorização do bem”.¹⁰⁹¹

O fundamento da expropriação será a impossibilidade de valorização do interesse cultural do bem privado, em virtude das limitações de acesso e fruição decorrentes dos seus direitos enquanto propriedade privada. Além das limitações em abstrato de acesso a tal objeto é importante que esta seja demonstrada em concreto, com base num projeto de utilização cultural do bem pretendido, cuja efetivação seria inviabilizada ou de enorme dificuldade, caso o património cultural mantenha-se concentrado sob domínio privado.¹⁰⁹²

A terceira envolve a hipótese de que o interessado requer a expropriação (art. 50, n.º 1, letra “c”, Lei 107). Nesta hipótese, ele representaria um tipo de contraponto aos ônus suportados pelo responsável, sendo-lhe mais vantajoso perceber uma justa indenização pela perda da propriedade, do que suportar estar sobrecarregado por deveres, que se cumulam com uma utilização limitada.

Uma destas hipóteses está contemplada no art. 3.º do Código das Expropriações, Lei n.º 168/1999, de Portugal.¹⁰⁹³ De acordo com este, a expropriação sempre deve limitar-se ao necessário para a realização do seu fim. Mas se necessário expropriar apenas parte de um prédio, o proprietário pode

¹⁰⁹¹ DURO, 2012, op. cit., p. 505.

¹⁰⁹² DURO, 2012, op. cit., p. 511.

¹⁰⁹³ Além da Lei n.º 168/1999, o Decreto-Lei n.º 15/2021 “Cria um regime especial de expropriação e constituição de servidões administrativas para a execução de projetos integrados no Programa de Estabilização Económica e Social.”

requerer a expropriação total se “a parte restante não assegurar, proporcionalmente, os mesmos cômodos que oferecia todo o prédio”, e ainda se “os cômodos assegurados pela parte restante não tiverem interesse económico para o expropriado”.

Ainda, conforme o art. 50º, nº 2, da Lei 107, podem também ser “expropriados os bens imóveis situados nas zonas de protecção dos bens classificados”, ou em vias de classificação, “quando prejudiquem a boa conservação daqueles bens culturais ou ofendam ou desvirtuem as suas características ou enquadramento”.

Para todas as formas aplica-se o regime previsto e os procedimentos do Código de Expropriações. O fundamento será sempre por utilidade pública. A indenização deve ser justa, considerando o valor de mercado do bem, agregado a sua valia cultural.

A Competência para a expropriação provém da mesma pessoa de direito público envolvida no procedimento de classificação do objeto cultural, conforme art. 95º, nº 1, letra “a”, da Lei 107. Ela não atinge bens inventariados, estando restrita aos bens classificados ou em vias de classificação, os quais também estão imunes ao usucapião (art. 34º, Lei 107).

Outrossim, o ex-proprietário poderá pleitear o direito de reversão, nas hipóteses de desclassificação do bem, ou se realizado previamente e, ao final do procedimento, o objeto em vias de classificação não for classificado. O Código de Expropriação prevê ainda a reversão no seu art. 5º, nº 1, quando tiver cessada a finalidade do ato, ou se após dois anos da adjudicação “os bens expropriados não forem aplicados ao fim que determinou a expropriação”.

Com base neste fundamento, é importante salientar que além da utilidade pública, o objeto deve seguir os fins culturais a que se destina e os quais embasaram o ato administrativo de inversão da propriedade. Da mesma forma, assim como o responsável tem uma série de ônus para com o bem, é importante que a administração pública desempenhe com todo o zelo possível a preservação e valorização do objeto cultural, sob pena de se negligenciar os seus deveres de cuidado, também estar inadimplente com suas obrigações, o que poderia ensejar a reversão da expropriação.

Com efeito, a medida em que a preservação e a valorização do património cultural estão ordenadas na Constituição e constituem-se tarefas estruturantes do Estado, “a expropriação só será inviável se perigasse direitos fundamentais, sem que as contrapartidas devidas pela expropriação impedissem tal lesão”. De qualquer modo, em se tratando de bem culturais o sistema aponta de forma inequívoca “para a primazia da fruição cultural sobre as utilidades económicas e patrimoniais” puras.¹⁰⁹⁴

Igualmente, todo e qualquer procedimento de expropriação deve respeitar o princípio da proporcionalidade, em especial, no seu viés da necessidade. Ora, como a expropriação é uma medida extrema destinada à realização do interesse público inerente a um bem cultural, ela só se tornará legítima e viável, acima de tudo, quando não estiver disponível outras alternativas menos lesivas aos direitos do proprietário, e que se revelem como adequadas e eficazes para a tutela do objeto protegido. Também, deverá ser considerada nesta operação um aproveitamento e um ganho superior aos interesses públicos, em contrapartida aos privados que foram restringidos pela medida.¹⁰⁹⁵

1.2.2 Das Formas Reflexas de Proteção

As formas principais de proteção em Portugal são a classificação e o inventário. Mas, além destas e da expropriação, a partir da qualificação de um bem como património cultural outros efeitos reflexos protetivos são produzidos, não se transmutando em uma nova forma, mais em um modelo mais completo e complexo de tutela, no seu âmbito de abrangência.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ DURO, 2012, op. cit., p. 509.

¹⁰⁹⁵ DURO, 2012, op. cit., p. 509-10.

¹⁰⁹⁶ O próprio art. 44º da Lei 107/2001 refere outras formas, nos seguintes termos: Artigo

44.º Defesa da qualidade ambiental e paisagística

1 - A lei definirá outras formas para assegurar que o património cultural imóvel se torne um elemento potenciador da coerência dos monumentos, conjuntos e sítios que o integram, e da qualidade ambiental e paisagística.

2 - Para os efeitos deste artigo, o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais promoverão, no âmbito das atribuições respectivas, a adopção de providências tendentes a recuperar e valorizar zonas, centros históricos e outros conjuntos urbanos, aldeias históricas, paisagens, parques, jardins e outros elementos naturais, arquitectónicos ou industriais integrados na paisagem.

3 - Relativamente aos conjuntos e sítios, a legislação de desenvolvimento estabelecerá especialmente:

a) Os critérios exigidos para o seu reconhecimento legal e os benefícios e incentivos daí decorrentes;

1.2.2.1 Das Zonas de Proteção

Conforme o art. 43º da Lei 107/2001 as zonas de proteção são *servidões administrativas*, nas quais não podem ser concedidas licenças para obras, construção e quaisquer trabalhos que alterem a topografia, os alinhamentos e as cérceas, bem como a distribuição de volumes e coberturas ou o revestimento exterior dos edifícios. Salvo na existência de prévio parecer favorável da administração do patrimônio cultural competente, bem como para as obras de mera alteração na parte interior do imóvel.

Esta zona de proteção não atinge os imóveis inventariados, sendo restrita aos classificados e aos em vias de classificação. Porém, aplica-se automaticamente uma “zona geral de proteção” de 50 metros, contados a partir dos limites externos do prédio em questão. Tal zoneamento é definido por portaria do órgão administrativo competente, sendo que nelas podem ser ainda incluídas *zonas non aedificandi*.

A zona geral de proteção subsiste apenas enquanto não for criada a zona especial de proteção, a qual deve ser fixada pelo órgão competente por via de um ato administrativo. Enquanto servidões administrativas – de caráter permanente, salvo alteração no quadro de classificação – são encargos sobre determinados prédios, em “proveito da utilidade pública do bem cultural imóvel, tendo como finalidade a salvaguarda do bem tutelado”.¹⁰⁹⁷

Quaisquer obras ou trabalhos não licenciados ou realizados em desacordo com esta em tais zonas estão sujeito a embargo administrativo e a demolição. A liberdade contratual em termos de alienação dos imóveis é limitada, por conta do direito de preferência. As restrições sobre os imóveis atingidos não chega a gerar propriamente uma expropriação indireta, mas é possível que seja realizada a expropriação tutelar para o bem dos imóveis classificados envolvidos na zona de proteção.¹⁰⁹⁸

b) Os parâmetros a que devem obedecer os planos, os programas e os regulamentos aplicáveis;

c) Os sistemas de incentivo e apoio à gestão integrada e descentralizada;

d) As medidas de avaliação e controlo.

¹⁰⁹⁷ CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas. In: Direito do patrimônio cultural, op. cit., p. 409.

¹⁰⁹⁸ CORREIA, Fernando, op. cit., p. 411-2.

O art. 43 do DL 309¹⁰⁹⁹ fixa o conteúdo da zona especial de protecção, que terá a extensão e as restrições necessárias à protecção e valorização do bem imóvel classificado, devendo contemplar: zonas non aedificandi; áreas de sensibilidade arqueológica com a graduação das restrições; bens imóveis, ou grupos de imóveis, que: podem ser objecto de obras de alteração, devem ser preservados, em circunstâncias excepcionais, podem ser demolidos, podem suscitar o exercício do direito de preferência, em caso de venda ou dação em pagamento; identificação das condições e da periodicidade de obras de conservação; regras de publicidade exterior.

Ainda, a zona especial de protecção “assegura o enquadramento paisagístico do bem imóvel e as perspectivas da sua contemplação”, no que deve contemplar os espaços verdes, jardins e parques de interesse histórico, que sejam relevantes para a defesa do contexto do bem imóvel classificado.

Preceitua o art. 55 do DL 309 que a zona especial de protecção também se estende aos conjuntos ou sítios, “quando a respectiva fixação seja indispensável para assegurar o enquadramento arquitetónico, paisagístico e a integração urbana, bem como as perspectivas de contemplação”.

Também, prevê o preâmbulo do DL 309 que as zonas de protecção são “configuradas tendencialmente como unidades de planeamento autónomas que permitem antecipar as virtualidades do plano de pormenor de salvaguarda, cuja

¹⁰⁹⁹ Artigo 43.º

Conteúdo da zona especial de protecção

1 - A zona especial de protecção tem a extensão e impõe as restrições adequadas em função da protecção e valorização do bem imóvel classificado, podendo especificar:

- a) Zonas non aedificandi;
- b) Áreas de sensibilidade arqueológica com a graduação das restrições, nomeadamente quanto ao tipo de procedimento de salvaguarda de carácter preventivo;
- c) Bens imóveis, ou grupos de bens imóveis, que:
 - i) Podem ser objecto de obras de alteração, nomeadamente quanto à morfologia, cromatismo e revestimento exterior dos edifícios;
 - ii) Devem ser preservados;
 - iii) Em circunstâncias excepcionais, podem ser demolidos;
 - iv) Podem suscitar o exercício do direito de preferência, em caso de venda ou dação em pagamento;
- d) Identificação das condições e da periodicidade de obras de conservação de bens imóveis ou grupo de bens imóveis;
- e) As regras genéricas de publicidade exterior.

2 - A zona especial de protecção assegura o enquadramento paisagístico do bem imóvel e as perspectivas da sua contemplação, devendo abranger os espaços verdes, nomeadamente jardins ou parques de interesse histórico, que sejam relevantes para a defesa do contexto do bem imóvel classificado.

3 - Nas situações previstas nos números anteriores são estabelecidos zonamentos específicos e indicadas as restrições estritamente necessárias.

iniciativa e elaboração compete aos municípios”. Igualmente, deverá ser definido por um zoneamento dentro da zona de proteção as restrições, em especial no que diz respeito à volumetria, morfologia, alinhamentos e cercas, o que assume uma função relevante no âmbito do planeamento urbano.

As zonas de proteção também estão previstas no art. 15 do Decreto-Lei nº 380/1999 de Portugal, o qual trata do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, vindo a determinar que os planos municipais em torno da ordenação do território estabeleçam a delimitação das zonas de proteção.¹¹⁰⁰

Entendemos que por conta do art. 20º, letras “d” e “e”, da Lei 107, o qualarrola os direitos do detentor do bem, que na hipótese da classificação e da consequente zona de proteção, somada a área *non aedificandi*, o titular do objeto afetado pode requer indenização, se resultar “uma proibição ou restrição grave à utilização habitualmente do bem”, sem prejuízo de requerer a expropriação, na forma da lei.

Tais zonas mostram-se de grande importância no sentido de controlar modificações no perímetro do imóvel protegido, as quais podem gerar prejuízos diretos ou indiretos não apenas à sua integridade física, mas, a todo o contexto territorial no qual está ambientado, diante da qual possui a sua própria identidade histórica, arquitetônica e artística, cuja interação permite uma harmonia do bem cultural, com o meio ambiente e o sítio da urbe no qual está inserido.

1.2.2.2 Do Plano de Pormenor de Salvaguarda

De acordo com o art. 53º da Lei 107/2001 o ato que coloque em vias de classificação ou que decrete a classificação de monumentos, conjuntos ou sítios

¹¹⁰⁰ DL 380/1999, Artigo 15.º Património arquitectónico e arqueológico

1 - Os elementos e conjuntos construídos que representam testemunhos da história da ocupação e do uso do território e assumem interesse relevante para a memória e a identidade das comunidades são identificados nos instrumentos de gestão territorial.

2 - Os instrumentos de gestão territorial, designadamente através do programa nacional da política de ordenamento do território, dos planos regionais e planos intermunicipais de ordenamento do território e dos planos sectoriais relevantes, estabelecem as medidas indispensáveis à protecção e valorização daquele património, acautelando o uso dos espaços envolventes.

3 - No quadro definido por lei e pelos instrumentos de gestão territorial cuja eficácia condicione o respectivo conteúdo, os planos municipais de ordenamento do território estabelecerão os parâmetros urbanísticos aplicáveis e a delimitação de zonas de protecção.

obriga o município, em conjunto com os serviços da administração responsável pelo patrimônio cultural, ao estabelecimento de um plano de pormenor de salvaguarda para a área a proteger. Junto a este pode ainda ser acrescido um plano integrado, salvaguardando a existência de instrumentos de gestão territorial eficazes, com o respectivo instrumento de política setorial.

O conteúdo do plano de pormenor salvaguarda será definido em lei e, além do disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, deve estabelecer: a ocupação e usos prioritários; as áreas a reabilitar; os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais; a cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do conjunto; as normas específicas para a proteção do patrimônio arqueológico existente; as linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística.

A salvaguarda se aplica como instrumento de proteção e valorização do patrimônio cultural, ponderando interesses sobre o uso e a ocupação do solo, dentro do planeamento urbano. Os planos de salvaguarda do patrimônio cultural estão voltados ao ordenamento territorial, enquanto instrumentos normativos instituídos pela administração, os quais “fixam princípios e regras quanto à ocupação, ao uso e à transformação do solo na área por eles abrangida, visando a satisfação de um interesse público concreto através de um correto ordenamento do território” (art. 1º, nº 2, Decreto-Lei 151/1995, Portugal).

A natureza jurídica de tais planos urbanísticos é considerada a de um regulamento administrativo, estando entre os seus princípios e objetivos a “execução de uma política integrada de ordenamento do território”, a ser compatibilizada com a “proteção e valorização dos recursos naturais, das áreas agrícolas e florestais e do património natural e construído e com a previsão de zonas destinadas ao recreio e lazer” (art. 4º, letras “a” e “c”, DL 151).

Com efeito, conforme o art. 54 da Lei 107, até que tal plano seja elaborado o regime de licenças, ou mesmo a realização de obras licenciadas anteriormente à classificação do monumento, conjunto ou sítio irão depender sempre de parecer prévio favorável da administração do patrimônio cultural competente. Então, após o início do vigor do plano de pormenor de salvaguarda, os municípios podem licenciar as obras projetadas em conformidade com as respectivas disposições, sem prejuízo

da obrigação de comunicar à administração do património cultural competente sobre as licenças concedidas, no máximo até 15 dias. E será nulo o ato administrativo que for praticado em infringência a tais diretrizes.

Este plano também deverá observar as diretrizes da Lei nº 31/2014, que trata da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, e que na sua antiga versão, Lei nº 48/1998, previa como finalidade da política do ordenamento urbanístico “assegurar a defesa e valorização do património cultural e natural” (art. 3º, alínea “d”), e entre os seus objetivos específicos a “reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos de património cultural classificados” (art. 6º, alínea “h”).

1.2.2.3 Do Direito de Preferência

Tal direito se funda num interesse público da maior preservação possível do património cultural. Enuncia o art. 37º da Lei 107/2001 de Portugal que os coproprietários, o Estado, as Regiões Autônomas e os Municípios gozam, nesta ordem, do chamado “direito de preferência em caso de venda ou dação em pagamento de bens classificados ou em vias de classificação ou dos bens situados na respectiva zona de protecção”, nas formas dos artigos 416.º a 418.º e 1410.º do Código Civil português,¹¹⁰¹ sem prejuízo da legislação avulsa.

Para tanto, deverá ser observado o art. 36º da Lei 107, o qual determina que a alienação, ou a constituição de outro direito real de gozo, ou a dação em pagamento e mesmo a transmissão por herança ou legado de bens classificados, ou em vias de classificação, depende sempre de prévia comunicação escrita ao serviço competente para a instrução do respectivo procedimento. Tal obrigação não se estende aos bens inventariados, mas abrange aqueles situados nas zonas de protecção dos bens classificados ou em vias de classificação.

O dever de comunicação é inarredável, de tal forma que estabelece o art. 38º da Lei 107 que o seu descumprimento constituirá impedimento à celebração da escritura e da inscrição dos actos no competente registro. Ainda assim, caso

¹¹⁰¹ No Brasil temos previsão similar, consistente no direito de preempção, que confere ao poder público prioridade na aquisição de imóveis de interesse, e está previsto como instrumento jurídico e político do urbanismo, no art. 4º, IV, letra “m”, do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

realizado em desacordo com as disposições legais, a operação e a constituição do direito real de gozo ou da dação em pagamento são anuláveis pelos Tribunais, a partir da iniciativa do membro da administração competente, a ser realizado no prazo de um ano a contar da data do conhecimento do fato.

Além da omissão do dever de comunicação, a anulabilidade pode ocorrer no caso do seu cumprimento defeituoso, como na hipótese de não terem sido disponibilizadas todas as informações exigíveis, ou mesmo de erro na comunicação dos elementos do objeto, ou sobre o negócio, como o preço. Assim, a anulabilidade permitiria ao titular da preferência obstar a continuação de produção de efeitos do negócio jurídico. A ação de preferência dar-se-á na forma do art. 1410º do Código Civil de Portugal.¹¹⁰²

No caso de transmissão de bens culturais públicos, prevê o art. 35º da Lei 107 que a legislação deverá estabelecer as limitações sobre a transmissão de bens classificados, ou em vias de classificação, pertencentes ao poder público. Na falta de norma posterior específica, aplica-se o art. 6º do Decreto nº 20985/1932.

Com efeito, também devem ser aplicadas as disposições dos artigos 1409º, 1410º, 1414º a 1423º do Código Civil de Portugal sobre os “pactos de preferência”, bem como do Decreto-Lei 309/2009.¹¹⁰³ No caso o artigo 416º do Código Civil trata do conhecimento do preferente, estabelecendo que o vendedor deve comunicar ao titular do direito de preferência a projeto de alienação e às cláusulas do contrato. Após o que, o titular terá o prazo de oito dias para exercer o seu direito sob pena de caducidade, salvo a existência de vínculo estabelecendo prazo mais curto ou mais longo.

É interessante que apesar de não estarem diretamente tutelados pela classificação, por vias reflexas também se aplicam aos bens imóveis situados na zona especial de proteção o direito de preferência.¹¹⁰⁴ Porém, de acordo com o art. 43º, nº 1, letra “c”, IV, devem ser especificados os imóveis que possam suscitar o

¹¹⁰² DURO, Canelhas João. O direito legal de preferência sobre bens culturais. *Revista do Ministério Público de Portugal*, ano 31, jul-set. 2010, nº 123, p. 131.

¹¹⁰³ Em seu preâmbulo está previsto que: “A Administração passa a poder identificar os imóveis sobre que pretende, eventualmente, exercer o direito de preferência, evitando, deste modo, a necessidade de milhares de certidões que se consubstanciam numa mera declaração do não exercício desse direito com custos injustificáveis para os administrados.”

¹¹⁰⁴ LOPES, Flávio. Zonas de protecção ao património arquitetónico: para que servem. Casal de Cambra, 2013, p. 21.

exercício do direito de preferência, afinal estamos diante de objetos que não são considerados bens culturais.

A lei de proteção não estabelece se a venda será por hasta pública ou leilão, ao que podemos nos valer da permissão do seu art. 113º para aplicar o disposto no art. 7º, § único, do Decreto nº 20.985/1932, o qual prevê que em “sendo a alienação feita em hasta pública poderá o Estado usar do seu direito de preferência contanto que o efetive dentro do prazo de quarenta e oito horas, a contar da data da alienação”.

De acordo com a Lei de Museus de Portugal, Lei nº 47/2004, o exercício do direito de preferência por parte do Estado ou Regiões Autônomas determina a incorporação do bem cultural a um museu pertencente à Rede Portuguesa de Museus; se for pelo Município, será incorporado a um museu municipal (artigos 67º a 69º). Em tais casos, a preferência deve estar justificada no fato de que o bem integra a política de incorporação do museu, o que pode se referir tanto a bens móveis, como imóveis.

Contudo, interessante observar que no caso de alienação ou constituição de outro direito real sobre um bem cultural pertencente a um museu privado, ou ao Estado e às Regiões Autônomas terão o direito de preferência, independentemente do bem-estar classificado ou em vias de classificação ou inventariado, pelo art. 66º da Lei dos Museus.

O direito de preferência está necessariamente vinculado à proteção e valorização do patrimônio cultural, com o objetivo de enriquecer o acervo de bens culturais público. De modo que terceira intenção exercida a partir do direito de preferência, “pode considerar-se inquinada de desvio de poder”. De onde, será ilegítimo “exercer a preferência para depois destinar o bem a uma utilidade não cultural”.¹¹⁰⁵

Tal preferência se funda ainda no fato de que a proteção não se limita apenas a conservar a substância do bem, impedindo danos, ou a políticas de restauro, ou ao desenvolvimento do turismo cultural. Ela deve ser mais ampla e contemplar também o vínculo cultural, a relação entre o objeto, a comunidade, o território e o seu contexto histórico e cultural. O que vem a justificar tal direito ao Estado, com o

¹¹⁰⁵ DURO, op. cit., 2010, p. 127.

objetivo de preservar, valorizar e manter o patrimônio cultural conectado com a sociedade na maior medida do possível.¹¹⁰⁶

1.3 DOS INSTRUMENTOS PENAIS DE TUTELA

A proteção penal dos bens culturais possui suporte e fundamento constitucional nos já citados artigos 73 e 78, na medida em que tais objetos exprimem realidades orientadas para satisfação de direitos de interesse coletivo, seja em relação ao Estado, a sociedade ou aos indivíduos. A legitimação da tutela penal dos objetos culturais está alicerçada nos seus valores fundamentais e na sua própria função social, com conexão com a arte, história, ciência, humanidade, arquitetura, religião e vetores a eles inerentes.

A sua proteção surge da preocupação e da necessidade de se repensar a “dogmática jurídica classificativa daqueles interesses que, sem serem suscetíveis de ‘apropriação’ ou ‘invocação’ individual ou exclusiva, mas antes patrimônio pertencente virtualmente à generalidade dos cidadãos”, o que gerou urgentes formas de tutela, pela sua vulneração, para evitar impunidade e por afetar bens de um universo indeterminado de lesados.¹¹⁰⁷

Incide, pois, interesse, necessidade e premência para a garantia e defesa de tais bens jurídicos, criando-se uma profusão para o desenvolvimento de formas garantísticas em relação a interesses e direitos até então pouco considerados e secundarizados, de modo a criar mecanismos para a sua efetiva fruição e utilização por parte dos cidadãos, dentro de uma concepção de Estado de Direito.¹¹⁰⁸

Nas palavras de Colaço Antunes estamos diante de direitos difusos, com perdurabilidade temporal e de utilização, um autêntico interesse comunitário, público e coletivo, objetivamente infungível e necessitado de proteção total ou parcial em nível normativo, seja material ou processual,¹¹⁰⁹ e notadamente penal.

¹¹⁰⁶ RAMOS, José Luís Bonifácio. O direito de preferência sobre bens culturais. In: Novos estudos de direito do património cultural, tomo I, op. cit. p. 66-7.

¹¹⁰⁷ BRAVO, Jorge dos Reis. A protecção penal do património cultural. Revista Scientia Iuridica, Universidade do Minho, Braga (Portugal), Tomo XLVI, nº 268/270, jul.-dez. 1997, p. 238.

¹¹⁰⁸ BRAVO, op. cit., p. 238.

¹¹⁰⁹ ANTUNES, Luis Felipe Colasso. A tutela dos interesses difusos em direito administrativo - para uma legitimação procedimental, Coimbra: Almedina, 1989, p. 48 e ss. Ver também ANTUNES, Luis Felipe Colasso. Direito público do ambiente, diagnose e prognose da tutela processual da paisagem,

Na espécie, tem-se em vista a função do direito penal de proteger os valores fundamentais da vida em comunidade, possibilitando o livre desenvolvimento da pessoa humana, tutelando e promovendo os valores essenciais da dignidade da pessoa humana. Ainda que não de forma imediata e fragmentária, como no presente caso em que é dirigida a salvaguarda de interesses difusos e coletivos, mas diante do que os meios preventivos não podem falhar.¹¹¹⁰

Portanto, a proteção penal do patrimônio cultural justifica-se pela grandeza do objeto, reconhecido constitucionalmente com direito social e, mais ainda, com teor análogo de direito fundamental, estando implicitamente indicada a adequação e necessidade da sua tutela pelas vias penais, cujo tipo e sanção devem estar enquadrados em critérios de razoabilidade.

Assim, temos que a “ação penal foi admitida pelo ‘legislador cultural’ como uma forma privilegiada de responsabilização”. Afinal, estando diante de “direitos culturais constitucionalmente consagrados na sua função social, a legitimidade do recurso ao direito penal colhe plenamente”.¹¹¹¹ Tanto pela incidência dos respectivos tipos do código penal, como pela criação de ilícitos específicos na lei de proteção e pelas figuras contra-ordenacionais.

É possível estabelecer que o direito penal é “fonte de liberdade, segurança, controle dos instintos básicos, humanidade e [...] símbolo do sacrifício individual às necessidades coletivas”. Mas também é “um meio subsidiário, atuante em situações sociais inultrapassáveis de outro modo”, como no caso da tutela aos bens jurídicos no qual se alicerça o patrimônio cultural.¹¹¹²

Contudo, apontam Teixeira e Silva que a tutela penal prevista no Código Penal mostra-se fragmentada, não sendo isoladamente “adequada às necessidades e aos valores inerentes ao patrimônio cultural”, já que as normas em questão estariam direcionadas para os clássicos crimes contra o patrimônio, envolvendo os direitos e interesses de propriedade, e não propriamente para a tutela dos bens

Coimbra: Almedina, 2008, e ANTUNES, Luis Felipe Colasso. Direito urbanístico - um outro paradigma: a planificação modesto-situacional, Coimbra: Almedina, 2002.

¹¹¹⁰ BRAVO, op. cit., p. 244-5

¹¹¹¹ ARAÚJO, Fernanda. O actual regime jurídico da protecção e salvaguarda do património arquitetónico português. Património/Território – interacções. *Revista jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 18/19, dez. 2002-jun. 2003, Almedina, p. 31-2.

¹¹¹² PALMA, Maria Fernanda. Protecção penal dos bens culturais numa sociedade multicultural. In: *Direito do património cultural*, op. cit., p. 375.

culturais, de modo a conferir para este apenas uma proteção reflexa e não direta. Ainda, criticam que o elenco dos tipos “não responde às necessidades crescentes de uma sociedade que defende e valoriza o patrimônio cultural, enquanto manifestação de cultura e identidades próprias”, sendo necessário uma melhora na regulamentação em tal área, a qual se apresente em franco crescimento.¹¹¹³

Igualmente, Bravo Reis argumenta que tal proteção penal está configurada de forma fragmentária e inespecífica, urgindo que em relação aos bens culturais a “contemplanção da sua tutela se deverá fazer de modo específico, autonomizando-se o mesmo, ou mais rigorosamente, a integridade do patrimônio cultural como bem jurídico autônomo”.¹¹¹⁴

Quanto a nós, acolhemos as críticas no sentido de que a lei de proteção do patrimônio cultural possui apenas três tipos específicos de proteção. Enquanto que o Código Penal fornece uma tutela indireta, valendo-se das figuras dos crimes contra o patrimônio, cujo bem jurídico é diverso. Quando o ideal seria uma tutela mais ampla e específica, com rol próprio contemplado os crimes contra o patrimônio cultural, o meio ambiente e o ordenamento urbano. Mas ainda assim, é patente que a configuração existente fornece uma proteção mínima, eficaz e proporcional ao objeto em questão.

Por sua vez, a situação do ordenamento brasileiro mostra-se muito mais atrasada e inferior. Os tipos específicos da lei dos crimes ambientais possuem sancionamentos pálidos, os quais acreditamos que não se aproximam nem de um nível mínimo de tutela. Já o Código Penal não arrola nenhuma figura típica. E, ainda, se cotejarmos ambos os sistemas, verificamos que para o legislador pátrio é muito mais grave e recebe uma proteção muito maior os atentados *contra o patrimônio*, do que aqueles praticados *contra o patrimônio cultural*, bem coletivo de importância fundamental reconhecida na Constituição.

1.3.1 Dos Crimes Previstos no Código Penal

¹¹¹³ TEIXEIRA; SILVA, op. cit., p. 43.

¹¹¹⁴ BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 50.

A noção de *patrimônio cultural* é *suprapatrimonial*, se considerarmos o sentido clássico de *patrimônio*, sendo “exterior a ideia de titularidade plena dos direitos de utilização, fruição e alienação dos bens de certa pessoa”. Contudo, em relação a figuras penais específicas do Código Penal de Portugal, restritas ao nosso objeto de estudo, quando o legislador realiza a proteção penal nos crimes contra o patrimônio, acabaremos por ter uma conexão entre o dano cultural e o patrimonial propriamente dito.¹¹¹⁵

A relação entre a concepção patrimonial do bem jurídico e a noção de dano cultural conduzirá a um alargamento específico da tutela penal, englobando “alguns aspectos do dano cultural que ainda decorram de uma vertente funcional do patrimônio em sentido clássico, embora ultrapassem já em perspectiva civilista da titularidade de direitos e a visão substancialista da lesão dos mesmos”.¹¹¹⁶

No caso do furto e roubo de bens culturais, num primeiro plano estão estes orientados pela perspectiva civilista de coisa alheia, de posse, propriedade e detenção. Porém, a privação do objeto, acaba por envolver condutas de supressão dos direitos coletivos do cidadão, no tocante à fruição de bens culturais. Aqui, temos “uma alteração qualitativa do bem jurídico protegido, no sentido do reconhecimento de um caráter intrinsecamente cultural” que evoluiu para uma valoração suprapatrimonial.¹¹¹⁷

A questão é que, diferente do patrimônio privado, quando estamos diante do patrimônio cultural nos deparamos com um interesse que não é apenas individual e que é mais do que coletivo e público, pois se trata de um direito difuso, “um interesse comunitário, público-coletivo, lábil, vocacionalmente participativo, subjetivamente fungível, objetivamente infungível”. Tratam-se aqui de bens e valores cujas tarefas de salvaguarda, preservação e valorização não se esgotam em mãos do poder público, ou dos privados pelos objetos protegidos, mas, sim, constitui-se numa “*tarefa coletiva* de que ninguém pode alhear-se e como *direito geral* de que todos podem e devem usufruir”.¹¹¹⁸

¹¹¹⁵ PALMA, op. cit., p. 380.

¹¹¹⁶ PALMA, op. cit., p. 381.

¹¹¹⁷ PALMA, op. cit., p. 379-381.

¹¹¹⁸ BRAVO, Jorge Manuel Almeida dos Reis. Protecção do património cultural, etnográfico, histórico e arqueológico. Braga: ASPA, 1996, p. 4.

O principal, porém, é que o patrimônio cultural reúne todas as condições para a devida tutela penal. Primeiramente, possui assento constitucional, com previsão de direitos e deveres, possuindo natureza análoga a um direito fundamental. Segundo, é dotado de relevância social, sendo um bem transindividual e de natureza difusa. Terceiro, é suscetível de proteção, mostrando-se esta adequada. Quarta, é necessária a sua tutela penal, para que de forma mais completa seja integralizada a sua teia protetiva.

1.3.1.1 Dos Crimes Contra o Patrimônio

Passaremos, a seguir, a analisar os crimes tipificados no Código Penal, com destaque para os delitos contra o patrimônio.

Artigo 204.º

Furto qualificado

[...]

2 — Quem furtar coisa móvel alheia:

a) De valor consideravelmente elevado;

d) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público;

3 — Se na mesma conduta concorrerem mais do que um dos requisitos referidos nos números anteriores, só é considerado para efeito de determinação da pena aplicável o que tiver efeito agravante mais forte, sendo o outro ou outros valorados na medida da pena.

Se tomarmos apenas o conceito material e civilista, patrimônio significa conjunto de bens e direitos pecuniariamente avaliáveis. Porém, sabemos que em termos de patrimônio cultural este conceito não satisfaz, por se tratar de um objeto ou conjunto de bens e riquezas, de interesse público e coletivo, independente da sua propriedade, e de valia superior e muitas vezes indeterminada, a qual ultrapassa e não se confunde com o mero valor material do objeto ao qual está conectada.

O agravamento da pena neste item segundo também está de acordo com o princípio da proporcionalidade,¹¹¹⁹ tendo em vista a valia excepcional dos bens e o desvalor do resultado a que se refere. Contudo, como já dito, do ponto de vista científico e cultural, este valor nada tem a ver com a sua característica pecuniária, ainda que ela possua e que tal seja elevada, devendo, sim, ser considerado o valor intrínseco do objeto no tocante aos seus mais variados aspectos da cultura e da ciência.

Quanto ao fato de possuir valor científico, artístico ou histórico e se encontrar em coleção ou exposição, basta a incidência de apenas uma destas condições, podendo também ocorrer a sua aparição de forma cumulativa. Eventual cúmulo pode ser considerado a título de dosimetria da pena, por se tratar de uma conduta mais grave, tendo em vista o quilate do bem cultural. Igualmente, caso tenha este valia abstrata e ainda valor elevado será aplicado o critério do item 3º.

A coisa com importante valor científico, artístico ou histórico deve encontrar-se em coleção ou exposição pública ou acessível ao público, mesmo que seja de propriedade privada. Os itens expostos ou acessíveis ao público são considerados aqueles que qualquer pessoa pode ter contato, seja por livre trânsito ou pagamento de ingresso.¹¹²⁰

O fato de uma coleção ou exposição ser de entidade pública gera a presunção de que, sob alguma forma, sejam acessíveis ao público. Os objetos de coleções privadas, cujo acesso não estaria permitido ao público, não estão incluídos na circunstância qualificativa, salvo, repetimos, se de alguma forma estão acessíveis à sociedade.¹¹²¹

O furto de coisa com importante valor científico, artístico ou histórico é um furto qualificado, independente de ocorrer no momento em que o objeto/coisa está em exposição, ou não, mas desde que haja uma certa periodicidade para o evento expositivo. Também, considera-se como em exposição pública um objeto que se mostre especificamente ao público em um dia, semana ou mês ao ano.¹¹²²

¹¹¹⁹ BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa. A tutela penal do património após a revisão do Código Penal. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1998, p. 63.

¹¹²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentários ao Código Penal, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2021, p. 871.

¹¹²¹ BARREIROS, José António. Crimes contra o património. Lisboa: Universidade Lusíadas, 1996, p.64.

¹¹²² ALBUQUERQUE, op. cit., p. 871.

Na espécie “o bem jurídico protegido se apresenta, não na formulação linear de proteção de uma específica realidade patrimonial, como acontece no chamado furto simples”, mas se considera a defesa de um “bem jurídico formalmente poliédrico ou multifacetado” de caráter difuso. Para a sua caracterização não é suficiente que o objeto seja simplesmente relevante para a história, a arte ou a ciência. Mister é que se apresente também como portador de importante e singular valor.¹¹²³ Uma das formas de se aquilatar o valor é recorrendo ao Código de Direito do Autor e à Lei de Bases do Patrimônio Cultural, ambos de Portugal.

Com efeito, a regra é que tal tutela seja verificada em face do patrimônio cultural móvel, mas ela não é restrita a este. Por exemplo, se considerarmos um sobrado histórico classificado (imóvel), a subtração de um adorno que dele possa ser destacado (móvel) será considerada como um furto. Igualmente, se pensarmos em uma praça também classificada pela sua especial riqueza e valia estética, arquitetônica e ambiental, de cujo centro venha a ser surrupiada uma estátua.

Artigo 210.º

Roubo

- 1 — Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outrepessoa, subtrair, ou constranger a que lhe seja entregue, coisa móvel alheia, por meio de violência contra uma pessoa, de ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 — A pena é a de prisão de três a quinze anos se:
- a) Qualquer dos agentes produzir perigo para a vida da vítima ou lhe infligir, pelo menos por negligência, ofensa à integridade física grave; ou
 - b) Se verificarem, singular ou cumulativamente, quaisquer requisitos referidos nos n.os 1 e 2 do artigo 204.º, sendo correspondentemente aplicável o disposto no n.º 4 do mesmo artigo.
- 3 — Se do facto resultar a morte de outra pessoa, o agente é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

Por “subtração da coisa alheia” deve entender-se a passagem da ‘coisa móvel’ da esfera de domínio do detentor para nova esfera de domínio contra a

¹¹²³ COSTA, José de Faria. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 58 e 77.

vontade daquele”. Constranger tem o significado de coagir, obrigar, pressionar, de modo a afetar a liberdade do sujeito passivo. O constrangimento abrange tanto a “*vis compulsiva, a vis absoluta* e ainda *a afetação da capacidade de decisão*, v. g., por meio de ameaças ou drogando uma pessoa”.¹¹²⁴

O roubo seguirá as mesmas regras do furto, com as peculiaridades de violência e ameaça que lhe são próprias. Aqui, além da propriedade e do património cultural estão abrangidos como bem jurídico a integridade física, a vida e a liberdade de decisão. O tipo objetivo consistirá na subtração de coisa alheia móvel de outrem ou no constrangimento para que tal seja entregue, por meio de violência ou ameaça.¹¹²⁵

Importante salientar que tanto nas formas dos crimes de furto, como de roubo, para se configurar a ilicitude penal na forma prevista no tipo, independe que os bens culturais em questão, e que tenham sido alvos do ilícito, tenham sido previamente gravados como inventariados ou classificados, bastando de que alguma forma sejam distinguidos enquanto *bens culturais*, de acordo com as previsões do tipo penal.

Artigo 213.º

Dano qualificado

1 — Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável:

- a) Coisa alheia de valor elevado;
 - b) Monumento público;
 - c) Coisa destinada ao uso e utilidade públicos ou a organismos ou serviços públicos;
 - d) Coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação; ou
 - e) Coisa alheia afecta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério;
- é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 — Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia:

¹¹²⁴ CUNHA, Conceição Ferreira da. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 166.

¹¹²⁵ ALBUQUERQUE. Paulo Pinto de. Comentário do código penal, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 892.

- a) De valor consideravelmente elevado;
- b) Natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sob protecção oficial pela lei;
- c) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontrem colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público; ou
- d) Que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico;

é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

3 — É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 204.º, nos n.os 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do artigo 207.º

4 — O n.º 1 do artigo 206.º aplica -se nos casos da alínea a) do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2.

O dano qualificado contra um bem cultural representa um dos crimes mais graves e relevantes de atentado ao património cultural e, infelizmente, um dos mais frequentes. Ele atinge diretamente não apenas a integridade e a conservação do objeto, mas também impede o exercício da liberdade de fruição do bem cultural por parte de uma comunidade.

Em primeiro lugar emerge a propriedade como o bem jurídico protegido. Mas há duas condutas cuja punibilidade só é possível explicar em nome da tutela de valores ou interesses supraindividuais, que nada tem a ver com a propriedade. É em nome delas que se pune a destruição ou danificação de coisas com relevo artístico, histórico ou cultural, mesmo que *res nullius* ou pertinentes à *propriedade do agente*.¹¹²⁶

O dano afeta a integridade total ou parcial de um bem do património cultural, de forma corpórea ou incorpórea, na sua dimensão de memória. Resta afetado o núcleo simbólico do objeto, aquilo que o torna representativo para a comunidade no qual se insere. Um exemplo da sua ocorrência direta está na mutilação de uma estátua ou a destruição da fachada de um palácio.¹¹²⁷

¹¹²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 243.

¹¹²⁷ GOMES, Carla Amado. O dano cultural – pistas para a decifração de um enigma. In: Direito da cultura e do património cultural, op cit., p. 123-4. Refere ainda que o dano pode ocorrer “indirectamente (exclusiva ou simultaneamente) sobre o bem cultural porque o afecta e ao seu conteúdo (autorização de uma central de camionagem na zona de protecção de um palacete”. Contudo, discordamos de tal posição, por entendermos que a afetação deve ser direta na forma de *destruir, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável*, não fazendo o tipo penal relação com a afetação

O primeiro núcleo de proteção diz respeito aos bens culturais *classificados e inventariados*, por conta do tipo e das disposições do Decreto-Lei nº 309/2009 e da Lei nº 107/2001, em especial os artigos 21º, nº 1, “b”, 31º e 32º. Mas também os em *via de classificação* que se tornam protegidos desde a decisão administrativa que confere ao objeto tal condição, e que encontra resguardado da mesma forma nos artigos 25º, nº 4 e 5, 40º a 43º, 45º a 49º da Lei 107.

Caso ao final do procedimento não seja confirmada a classificação do bem, tal decisão incide de forma favorável retroativamente, para retirar a tipicidade da conduta, salvo se o objeto for considerado bem cultural, por uma das outras formas elencadas no art. 213º, do Código Penal de Portugal.

Na espécie, nos posicionamos a favor da ilicitude do dano contra os bens em vias de classificação, tendo em vista os princípios protetivos do patrimônio cultural, o seu especial resguardo na Constituição e as próprias disposições da norma protetiva. Para ilustrar nossa posição nos valemos de quatro argumentos, todos legalistas.

Primeiramente, o tipo do código penal português expressamente prevê o dano ao bem em vias de classificação. Segundo, a lei de proteção do patrimônio cultural por expresso tutela os bens em vias de classificação, conforme os dispositivos já citados. Terceiro, o art. 78º, caput, da Constituição de Portugal também é expresso no sentido de determinar que todos têm o dever de preservar e defender o patrimônio cultural. Quarto, se não confirmada a classificação do bem, o que é a exceção, a respectiva decisão administrativa retira por completo a tipicidade e o ilícito da conduta, salvo se o objeto estiver protegido de outra forma pelo art. 213º.

Conforme Carla Gomes o “Código Penal consagra uma tutela ampla, direta, mas não autônoma dos bens culturais nesta disposição” do art. 213º. *Ampla*, pois além dos bens classificados, em vias de classificação e inventariados, abarca também monumentos públicos e outros bens de valor cultural, como os científicos, históricos, artísticos – ao que nos acrescentamos ainda as outras formas expressamente previstas no tipo, como as coleções. *Direta*, pois no art. 213º, nº 1, letra “b”, “se abstrai do vínculo de propriedade e sublinha a natureza imaterial dos bens culturais”, ao punir o proprietário que destrua um bem cultural, o que não indireta, como em intervenções na zona de proteção, o que seria passível de medidas administrativas com base na Lei 107/2001 e civis, como a ação popular.

ocorreria se o dano fosse a um objeto comum. E *não autônoma*, pois o crime de dano qualificado é uma forma de crime contra o patrimônio, não havendo uma disposição própria de dano contra o patrimônio cultural, como a que ocorre, por exemplo, no código penal espanhol.¹¹²⁸

O objeto pode ser da titularidade pública ou de particulares. No crime de danos não importa a existência de apropriação ou não da coisa alheia por parte do agente, mas relevante é, sim, a conduta de quem destrói, danifica, desfigura ou torna a coisa não utilizável. Além disso, o delito independe da condição do sujeito ativo, se público, privado ou mesmo o responsável direto e proprietário do objeto. O bem jurídico protegido vai além da propriedade, atingindo a utilidade do objeto em sentido amplo e, no nosso caso, o seu valor e a sua representatividade enquanto patrimônio cultural.

Decompondo as condutas elementares do tipo, destruir é “dar cabo de, demolir, derribar, arrasar, fazer desaparecer, inutilizar”. Danificar é “estragar, arruinar, adulterar”. Desfigurar é “mudar a figura de, alterando-lhe os traços, tornar feio”. Tornar não utilizável é “impedir a utilização normal”, não mais sendo possível que o dono, o possuidor ou a coletividade a qual se destina a sua fruição, venham a tirar do objeto toda a utilidade que ela potencia, pois caso venha a tornar inútil por completo, na verdade assumirá a figura de destruir.¹¹²⁹

A destruição pode ser parcial, sem que tal configure hipótese de tentativa, pois danificar em parte já atinge e realiza uma das figuras do tipo penal. Só poderíamos estar diante de uma tentativa, quando o agente passa a realizar o núcleo do art. 213, sem que na realidade venha a produzir algum dano, por circunstâncias alheias à sua vontade, como tomar em mãos um jarro raro de um museu e ao se preparar para estatelá-lo ao chão é impedido e detido por seguranças.

O dano pode ser praticado de diversas formas.¹¹³⁰ A mais grave de todas ocorre na conduta de destruir, que gera o perdimento total do bem. Mas também

¹¹²⁸ GOMES, Carla, 2011, op. cit., p. 129.

¹¹²⁹ ALEGRE, Carlos. Crimes contra o patrimônio. Nota ao código penal. Revista do Ministério Público. Lisboa: Minerva, 1998, p. 95

¹¹³⁰ Conforme Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, Portugal, de 30 de setembro de 2008, processo 13/2008-1, citado por GOMES, Carla, op. cit., 2011, p. 136, “A destruição reconduz-se à completa perda da utilidade da coisa, a danificação pressupõe uma destruição parcial da utilidade da coisa, a desfiguração, por seu turno, prende-se com a alteração do aspecto físico ou exterior da

pode ocorrer quando o objeto é danificado de alguma forma, é estragado, porém não de um modo pleno e absoluto, vindo ainda a manter em parte a sua essência e forma. Ou também pode ser desfigurado, o que ocorre mediante a alteração do seu aspecto e de sua parcela exterior.

No conceito de monumento público está incluída a coisa imóvel construída pelo ser humano com significado cultural. Este reconhecimento tanto pode ser oficial, como simplesmente social, no seio de determinada comunidade. Monumento como coisa imóvel e criada pelo homem, não sendo necessário que tenha sido feito com certa finalidade, embora o mais comum seja a destinação para preservar a memória de algo relevante, como fatos e personalidades. Aqui basta que o monumento seja público, independente da condição de ser inventariado ou classificado previamente.

A Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa, incorporada ao direito português pelo Decreto do Presidente da República nº 5/1991, considera em seu art. 1º, nº 1, como monumentos “todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos” integrados a tais construções.

Já no conceito de coisa destinada ao uso público estão incluídos os móveis e imóveis caracterizados por destino e fim de “servir ao público”, seja a população em geral, ou a qualquer organismo do Poder Público. Para ser público não precisa ser de propriedade pública, nem estar em local público (como praça), basta “apenas que ele tenha sido dedicado ao público: desde a sua construção ou posteriormente; por ato formal, ou por mero reconhecimento fático” inequívoco.¹¹³¹

Aqui se protege o “bem com significado *social* alimentado pela divulgação que dele é feito ao público em geral”. Ao prever a *acessibilidade pública* “pressupõe a existência de um vínculo de publicidade do bem”, o que “lhe confere valor social e justifica a censura penal da sua lesão”.¹¹³²

coisa. Por fim, a última acção [tornar não utilizável] comporta todos os comportamentos lesivos da utilidade e funcionalidade da coisa, atento o seu fim económico e social, que não se integram das demais acções”.

¹¹³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., 1999, p. 245-7. Ver também GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. Código penal parte geral e especial com notas e comentários, Lisboa: Instituto para a Qualidade e Formação, 2006, p. 901.

¹¹³² GOMES, Carla, 2011, op. cit., p. 131.

O conceito de coisa pertencente ao patrimônio cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação advém diretamente da lei de defesa do patrimônio cultural (artigos 15 a 18, da Lei 107/2001), sendo irrelevante a propriedade onde se encontre, podendo o delito ser cometido também pelo proprietário ou responsável pelo objeto. Porém, salienta-se que a incriminação não dispensa a prévia identificação administrativa através de procedimento de classificação ou de inventariação, nos termos dos artigos 19º a 63º da Lei 107.

Embora o artigo 213, nº 2 trata de coisa alheia, para o nº 1 tal é indiferente, assim como para o nº 4. Aqui são protegidos tanto os bens classificados, como em via de classificação, no que estão incluídas a proibição de dano, demolição e de obras não autorizadas, além da obrigação de realizar obras para salvaguarda, para não incidir no ilícito na modalidade de omissão imprópria.¹¹³³

O delito pode ser cometido tanto por ação como por omissão, exemplificando, no caso do proprietário violar os seus deveres previstos no art. 21º, nº 1, letra “b” da Lei nº 107, o qual determina a sua obrigação de “conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e a evitar a sua perda, destruição ou deterioração”.

No caso de objeto que “possua importante valor científico, artístico ou histórico” estamos diante de bem de interesse cultural, independente de prévia classificação ou inventário. Aqui bastaria a qualificação do objeto como de tal natureza e especificidade enquanto valor distinto e relevante, podendo tal ser assim apontado por profissional habilitado ou por um perito que ateste o seu diferencial e a especial valia.

Já quanto aos bens que se encontrem em “coleção ou exposição públicas ou acessíveis ao público”, deve ser definida a sua natureza como integrante de uma coleção, de um todo maior, de peças com a mesma singularidade. Ou ainda que esteja em alguma exposição para a qual o público tenha acesso. Ou, ainda se estiverem na esfera privada de coleção ou exposição, mas que de algum modo esteja acessível ao público, com alguma regularidade e periodicidade, ainda que não contínua e diária. A proteção adicional se justifica pela maior vulneração dos objetos que estejam expostos

¹¹³³ BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos. A relevância criminal na protecção do ambiente, do consumo e do património cultural. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 48.

Por fim, questão integrante é a da causa de agravamento do art. 213º, nº 2, “letra b”, coisa “natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sobprotecção oficial pela lei”. A normativa portuguesa não define o que seria oficialmente arrolada, apenas inventariada, mas aqui não faria sentido que esta forma menos protetiva impusesse uma pena maior do que a do art. 213º, nº 1, letra “b”, dos objetos classificados. Outrossim, não faria sentido reportar-se às formas reflexas de proteção já vistas, como a inclusão numa zona de proteção, já que tal é uma decorrência do procedimento de classificação.

Assim, concordamos com Neves ao argumentar que “salvo quando se encontre um referencial diverso para esta expressão”, o que até aqui não se observa, tal causa de agravamento “carece de sentido prático”¹¹³⁴ e de uma qualificação jurídica própria no material ora analisado.

Contudo, entendemos que se algum objeto de origem humana ou algum bem ambiental da natureza for declarado por norma como património cultural, ou como digno de proteção legal contra qualquer tipo de atentado, daí se poderia aplicar o dispositivo em questão. Sendo claro, que as atuais normas portuguesas não tratam do arrolamento, embora seja ele uma forma mais superficial de tutela, enquanto mera listagem, com força inferior ao inventário e a classificação.

Artigo 214.º

Dano com violência

1 — Se os factos descritos nos artigos 212.º e 213.º forem praticados com violência contra uma pessoa, ou ameaça com perigo iminente para a vida ou a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, o agente é punido:

- a) No caso do artigo 212.º, com pena de prisão de um a oito anos;
- b) No caso do artigo 213.º, com pena de prisão de três a quinze anos;
- c) Se do facto resultar a morte de outra pessoa, com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

2 — As penas previstas no número anterior são aplicáveis a quem utilizar os meios nele previstos para, quando encontrado em flagrante delito de dano, continuar o acto criminoso.

¹¹³⁴ NEVES, António Brito. Tutela penal do património cultural. In: *Novos estudos de direito do património cultural*, tomo I, op. cit., p. 96.

No crime de dano agravado temos ainda a concorrência de alguns elementos externos que agravam a conduta. Na espécie a utilização de violência ou ameaça não precisa ser necessariamente grave, bastando que seja externado. Quanto ao uso de substâncias inflamáveis ou explosivos desimporta a quantidade, bastando que sejam meio apto para produzir o dano.

Já o dano de monumento público envolve um conceito em sentido amplo. Enquanto obra ou construção da arquitetura, ou escultura feita para conservar a memória de alguma personalidade ilustre ou fato notável. O edifício ou construção imponente por sua beleza, grandeza ou antiguidade. Até mesmo o túmulo, mausoléu ou sepulcro suntuoso que tenha algum destaque especial. A danificação de coisas destinadas ao uso público, como uma fonte ou chafariz.¹¹³⁵

Por sua vez, a coisa destinada ao uso e utilidade pública é toda aquela que pode ser utilizada pelo público em geral e retirar dela algum proveito, sendo ela de domínio público ou podendo inclusive pertencer a uma empresa privada.¹¹³⁶

Quanto à classificação já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que para que um “bem arqueológico possa ser considerado patrimônio social e cultural é indispensável que todo um processo se desenrole com o fim de, como tal, o classificar”. Assim, só se estará diante de um crime dado contra o patrimônio cultural quando o bem estiver classificado ou em vias de classificação (STJ, 26-02- 1997, CJ, Acs. Do STJ, V, tomo 1, 237).

Interessante observar a gradiente do agravamento da sanção. Quando se tratar de patrimônio cultural assim reconhecido pela classificação ou o seu curso, a pena será de até 05 anos de prisão. Mas caso o dano atinja objeto considerado como de importante valor científico, histórico ou artístico, ou ainda que seja de coleção ou exposição pública ou a ele acessível, a pena aumentará e será de 2 a 8 anos de prisão. O interessante, é que a classificação ou o seu procedimento são de fácil prova, diferente do importante valor do objeto, cujo ônus probatório é igualmente da acusação, embora aqui mais complexo.

¹¹³⁵ ALEGRE, op. cit., p. 97, que no último caso utiliza a expressão “fontenários”.

¹¹³⁶ GONÇALVES, M. Maia. Código penal português anotado e comentado. Coimbra: Almedida, 2015, p. 730.

Artigo 215º

Usurpação de coisa imóvel

1 - Quem, por meio de violência ou ameaça grave, invadir ou ocupar coisa imóvel alheia, com intenção de exercer direito de propriedade, posse, uso ou servidão não tutelados por lei, sentença ou acto administrativo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber em atenção ao meio utilizado.

2 - A pena prevista no número anterior é aplicável a quem, pelos meios indicados no número anterior, desviar ou represar águas, sem que a isso tenha direito, com intenção de alcançar, para si ou para outra pessoa, benefício ilegítimo.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

O delito de usurpação mostra-se importante na tutela do património cultural imóvel, no caso de ser invadido ou ocupado, com a intenção de posse, uso, apropriação ou até servidão, o que pode vir a ocorrer na prática na hipótese de invasão de algum sítio arqueológico que seja objeto de pesquisa e que já esteja demarcado e protegido com o abrigo mínimo das normas incidentes (em especial o art. 74 da Lei 107/2001), independente de ser público ou privado, e estar ou não classificado e inventariado.

1.3.1.2 Das Demais Disposições do Código Penal

Artigo 242.º

Destruição de monumentos

Quem, violando normas ou princípios do direito internacional geral ou comum, em tempo de guerra, de conflito armado ou de ocupação, destruir ou danificar, sem necessidade militar, monumentos culturais ou históricos ou estabelecimentos afectos à ciência, às artes, à cultura, à religião ou a fins humanitários é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

O bem jurídico protegido é o património cultural, o qual carece de proteção acrescida em contextos de guerra, de conflito armado ou de ocupação. A conduta do agente consiste em destruir ou danificar, sem necessidade militar, monumentos culturais ou históricos ou estabelecimentos afectos à ciência, às artes, à cultura, à religião ou a fins humanitários. Curiosamente não se incrimina a conduta daqueles

que utilizem tais monumentos ou estabelecimentos para apoio do esforço militar, o que é sugerido pelas Convenções de Genebra.¹¹³⁷

O tipo penal em questão de destruição de monumentos foi revogado pela Lei nº 31 de 22/07/2004. Porém, é aqui arrolado pela sua pertinência histórica e tendo em vista que não ocorreu *abolitio criminis*, entretanto, o tipo em questão foi trasladado para a Lei n.º 31/2004,¹¹³⁸ sobre Violação do Direito Internacional, a qual contém a seguinte previsão na categoria de “crime de guerra”:

Artigo 15.º

Crimes de guerra contra a propriedade

Quem, no quadro de um conflito armado internacional ou no quadro de um conflito armado de carácter não internacional:

- a) Subtrair, destruir ou danificar bens patrimoniais em larga escala ou de grande valor, sem necessidade militar ou de forma ilegal e arbitrária;
 - b) Atacar, destruir ou danificar edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos culturais ou históricos, sítios arqueológicos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objectivos militares;
 - c) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;
- é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

Os preceitos seguem os mesmos, sendo punido o ataque, o dano e a destruição de instalações científicas, sítios arqueológicos, monumentos culturais e históricos, sejam de propriedade pública ou privada, em contexto de conflitos armados, em não se tratando de objectivos militares. Contudo, caso a conduta seja praticada em tempos de paz, estaremos diante do delito de dano qualificado, do art. 213º do Código Penal.

¹¹³⁷ ANTUNES, Maria João. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 583.

¹¹³⁸ Adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário - 17.ª alteração ao Código Penal. Artigo 4.º

Alterações ao título III do livro II do Código Penal

1 - O título III do livro II do Código Penal passa a denominar-se 'Dos crimes contra a paz, identidade cultural e integridade pessoal'.

2 - O capítulo II do título III do livro II do Código Penal passa a denominar-se 'Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal'.

Artigo 355.º

Descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público

Quem destruir, danificar ou inutilizar, total ou parcialmente, ou, por qualquer forma, subtrair ao poder público a que está sujeito, documento ou outro objeto móvel, bem como coisa ou animal que tiverem sido arrestados, apreendidos ou objeto de providência cautelar, é punido com pena de prisão até 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

O bem jurídico protegido é a autoridade das “providências públicas”, das decisões de colocação de coisas sob o poder público. O descaminho ou destruição de objetos colocados sob o domínio público é um tipo de crime de dano – tendo em conta o grau de lesão do bem jurídico tutelado – e também de resultado – tendo em vista a consumação do ataque.¹¹³⁹

No entanto, entendemos aqui que também está na alçada do bem jurídico protegido, o valor do objeto danificado, não apenas a sua valia material, mas no nosso estudo, todo o valor que assume enquanto patrimônio cultural, e que ocorreria, por exemplo, no caso do descaminho de alguma obra de arte, escultura ou quadro com pintura, legal e culturalmente protegidos.

O tipo objetivo consiste na destruição, danificação ou inutilização (total ou parcial) de coisa móvel ou imóvel colocada sob o poder público e, designadamente, de coisa arrestada, apreendida ou objeto de providência cautelar, ou na sua subtração por qualquer forma ao poder público.¹¹⁴⁰

Aqui estão incluídos os bens móveis e mesmo até os imóveis que possam ser destacados do principal, que estejam classificados ou em vias de classificação como patrimônio cultural, e que venham a ser exportados ilicitamente.

Outrossim, pelo artigo 39, do Decreto-lei 16/1993,¹¹⁴¹ que estabelece o Regime Geral dos Arquivos e do Patrimônio Arquivístico, é crime o furto, dano ou a

¹¹³⁹ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 1197.

¹¹⁴⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 1197.

¹¹⁴¹ Artigo 39.º Previsão penal

1 - Constituem crimes, agravados, de furto, roubo ou dano a violação das disposições reguladoras do patrimônio arquivístico que preencham o respectivo tipo legal.

violação de tal patrimônio, assim como a exportação definitiva e não autorizada de bens classificados ou em classificação como patrimônio arquivístico.

Por fim, em termos de bens móveis, os crimes relacionados à usurpação, contrafacção e falsificação de bens culturais estão previstos no Decreto-Lei nº 63/1985, Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos, entre os artigos 195º a 199º.

1.3.2 Dos Crimes Previstos na Lei de Proteção do Patrimônio Cultural

A tutela penal do patrimônio cultural no sistema português é exercida primeiramente de forma reflexa, por via dos clássicos crimes contra o patrimônio, como no caso do dano. Além disso, é executada de modo direito, mediante a previsão de três delitos específicos contemplados na sua norma própria de proteção. Trata-se de uma decorrência da já comentada forma fragmentária do sistema e que respeita o princípio da subsidiariedade, diante do preceito do emprego dos instrumentos criminais atentos ao critério de *ultima ratio*.

A Constituição portuguesa prevê expressamente a proteção do seu patrimônio cultural, sendo o sistema dotado de normas a tal respeito. Porém, para evitar ataques mais graves, como a destruição, “não bastam as imposições e restrições administrativas, pois sem a possibilidade da imposição de uma pena ou coima pouco servirão”. Mormente se considerarmos “a abundância de ataques a que estão sujeitos, sem que os restantes ramos do direito consigam oferecer soluções bastantes para os impedir”. Assim, resta claro que os bens culturais reúnem as condições básicas necessárias para a proteção penal, consistentes em “importância social, suscetibilidade de ser protegido e necessidade de tutela”.¹¹⁴²

Na espécie, conforme já verificamos, estamos diante de bens e interesses difusos e supraindividuais de acesso, fruição e conservação de bens culturais, aos quais são atribuídos à categoria de direitos fundamentais. De tal modo que a punição dos atentados contra tais bens fundamenta-se, também, no fato de que o

2 - A exportação definitiva de bens arquivísticos classificados ou em vias de classificação sem a autorização prevista no presente diploma é punida com a pena prevista para o crime de dano agravado.

¹¹⁴² MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. O crime de dano e o património cultural. Lisboa: Petrony, 2003, p. 356-8.

patrimônio cultural é “valioso para a comunidade globalmente considerada e para cada um dos seus constituintes, o que se traduz na atribuição de vários direitos e deveres para a sua preservação e valorização”,¹¹⁴³ voltados à proteção não do objeto em si e por si só, porém, àquilo que ele representa e ao seu valor comunitário.

Bem pontua José Martins que “a preservação do patrimônio cultural é considerada constitucionalmente instrumental da sua valorização”, com o escopo de propiciar as condições para a sua livre fruição por todos os membros da comunidade. Assim, se originariamente o direito penal apenas se voltava contra as condutas que atentassem contra o patrimônio cultural em si, “agora tendem a surgir novas incriminações contra atos que impeçam a livre fruição dos bens culturais”.¹¹⁴⁴

O que, se verificarmos, encontramos na prática em relação aos tipos que coíbem a exportação ilícita de bens culturais, a destruição de vestígios arqueológicos ou o deslocamento de um bem imóvel do seu sítio original de existência e contemplação.

Também é verdade que estamos diante de um sistema que, nas palavras de Mantovani, contempla uma “tutela real do patrimônio cultural”, na qual “os bens são protegidos de acordo com o seu valor cultural, independente de terem sido anteriormente objeto de uma qualquer medida administrativa”, como de inventário e da classificação,¹¹⁴⁵ e que pode ser verificado no tipo do art. 103º, que protege o patrimônio arqueológico.

O primeiro tipo é o de deslocamento previsto no art. 101º da Lei 107/2001.

Artigo 101.º

Crime de deslocamento

Quem proceder ao deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, fora das condições referidas no artigo 48.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

A conduta consiste em deslocar exclusivamente bens imóveis, no todo ou em parte, desde que classificados ou em vias de classificação, o que não abrange aqueles inventariados, em violação aos requisitos impostos no art. 48º da Lei 107/2001. Trata-se aqui, da aplicação do chamado “princípio da preservação no

¹¹⁴³ MARTINS, op. cit., p. 363-5.

¹¹⁴⁴ MARTINS, op. cit., p. 382.

¹¹⁴⁵ MARTINS, op. cit., p. 438.

próprio sítio e da proteção do entorno”, cuja incidência apenas em situações excepcionais e justificadas pode ser afastada.

Conforme o dito art. 48º, um imóvel só poderá ser removido na sua parte ou totalidade, apenas se “for julgado imprescindível por motivo de força maior ou por manifesto interesse público”, especialmente, em situação que a salvaguarda material assim exigir imperativamente, para o que, a autoridade competente deve “fornecer todas as garantias necessárias quanto à desmontagem, à remoção e à reconstrução do imóvel em lugar apropriado”.

Quanto aos bens em vias de classificação, na hipótese de ao final do respectivo procedimento não ser confirmado o ato administrativo que conceda especial relevo e proteção do bem, mas já tendo ocorrido o deslocamento deste, entendemos que tal decisão administrativa terá um efeito despenalizador sobre o ato praticado, na medida em que o objetivo da norma é a tutela específica de objetos imóveis dotados de uma especial condição que venha a outorgá-los a nota especial de patrimônio cultural, o que logicamente não ocorrerá se não for reconhecida a sua classificação. No entanto, o mesmo não ocorrerá se for desclassificado, uma vez que já reconhecido o objeto como bem cultural, e tal circunstância não terá o caráter de retroagir para eliminar a ilicitude cometida.

Na hipótese de o deslocamento gerar um dano ao bem imóvel, cremos que também estaremos diante do delito de dano qualificado do art. 213º, nº 1, letra “d”, do Código Penal Português, o qual incidirá junto com o art. 101º da Lei nº 107/2001, sob a forma de concurso real.¹¹⁴⁶ Ainda, tal delito está sujeito à aplicação de coima,

¹¹⁴⁶ No direito português o concurso de crimes está previsto no art. 30 do seu Código Penal: Artigo 30.º

Concurso de crimes e crime continuado

1 - O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

3 - O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais.

Já no direito brasileiro seria aplicada a regra do art. 70 do nosso Código Penal:

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

já que também caracterizada a contraordenação grave do art. 104º, letra “a”, da Lei^{107.1147}.

O segundo delito é o de exportação ilícita:

Artigo 102.º

Crime de exportação ilícita

1 - Quem proceder à exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos n.os 2 ou 3 do artigo 65.º, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Em caso de negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias.

A conduta consiste na exportação ou expedição de um bem móvel e até mesmo parte de imóvel classificado como de interesse nacional (mas desde que parte ideal sua possa ser fracionada) ou mesmo em vias de classificação e nesta condição, sendo certo que não abrange os objetos inventariados.

Conforme o art. 15º, nº 4, da Lei 107, um bem é considerado de interesse nacional quando a sua proteção ou valorização, no todo ou em parte, “represente um valor cultural de significado para a Nação”. Aqui estão incluídos os bens imóveis da lista do património mundial, e os bens móveis privados cuja degradação ou o seu extravio constituam perda irreparável para o património cultural.

Para configurar o ilícito ainda é preciso que a ação seja praticada em desacordo com o art. 65º, da Lei 107, e as suas hipóteses de autorização. O nº 2 deste dispositivo prevê que tal exportação ou expedição temporária apenas seja autorizada por ordem do membro do Governo responsável pela área da cultura, e ainda assim tem por finalidade motivos culturais ou científicos, ou ainda a permuta temporária por outros bens de igual interesse para o património cultural.

Para o nº 3, do art. 65º, caso o bem pertença ao Estado, a sua saída definitiva para o exterior apenas pode ser concedida a título excepcional pelo Conselho de Ministros, sob a condição de permuta definitiva com outro objeto estrangeiro, o qual deverá ser dotado de um excepcional interesse para o património cultural português.

¹¹⁴⁷ NEVES, op. cit., p. 85, posiciona-se que não incidiria a aplicação conjunta da sanção e da coima, “sob pena de violação da proibição da dupla valoração do ilícito”, prevista no art. 20º do Decreto-Lei nº 433/1982, sendo possível apenas aplicar a pena “juntamente com as sanções acessórias de coima que eventualmente se mostrem adequadas ao caso”, como as sanções acessórias previstas no art. 108º da Lei 107.

Na forma dolosa é possível a tentativa, caso o objeto já tenha sido despachado e esteja em vias de exportação, o que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. O delito também é punido se ocorrer na forma culposa caracterizadora de negligência, na forma prevista no art. 15º do Código Penal de Portugal.¹¹⁴⁸ Está prevista a aplicação de coima, por força da contraordenação do art. 104º, letra “c”, da Lei nº 107.

O terceiro delito é o de destruição de vestígios:

Artigo 103.º

Crime de destruição de vestígios

Quem, por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a presente lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Aqui, é punido o agente que ao não observar disposições de leis e regulamentos incidentes, ou outras providências limitativas de intervenção, venha a destruir no todo ou em parte objetos e outros indícios arqueológicos. Salienta-se que basta se tratar de um bem cultural arqueológico¹¹⁴⁹, independente de classificação ou inventariação. Trata-se de uma norma penal em branco, sendo que o regulamento dos trabalhos arqueológicos é disciplinado pelo Decreto-Lei nº 164/2014.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁸ Artigo 15.º

Negligência

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuarem se conformar com essa realização; ou

b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

¹¹⁴⁹ Sobre património cultural arqueológico, ver NABAIS, José Casalta. Os bens culturais arqueológicos. In: *Novos estudos do direito do património cultural*, tomo I, op. cit., p. 7-39; e NABAIS, José Casalta. Legislação do património arqueológico e sua evolução. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140º, 2010-11, p. 161 e ss.

¹¹⁵⁰ Decreto-Lei nº 164/2014.

Prefácio: “A presença crescente da arqueologia em áreas tão diversas como as políticas de gestão do ambiente, do ordenamento do território ou da reabilitação urbana impõe a adoção de um novo e eficiente corpo de normas que garanta o cumprimento de procedimentos e preceitos técnicos a observar na realização de trabalhos arqueológicos”.

“Artigo 1.º

Objeto

O Regulamento de Trabalhos Arqueológicos, abreviadamente designado por Regulamento, estabelece as normas a observar na realização de trabalhos arqueológicos, regulando e normalizando a atividade arqueológica e os direitos e obrigações de todos os seus intervenientes.

Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/164-2014-58728911>. Acessado em 15 jul. 2022.

Conforme o art. 74^{o1151} da Lei 107, integram o património arqueológico e paleontológico português “todos os vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, da vida e dos seres humanos”, os quais “permitam traçar a história da vida e da humanidade e a sua relação com o ambiente”, bem como aqueles cuja “principal fonte de informação seja constituída por escavações, prospecções, descobertas ou outros métodos de pesquisa relacionados” o homem e o meioambiente.

Ainda, considera-se património arqueológico “depósitos estratificados, estruturas, construções, agrupamentos arquitetónicos, sítios valorizados, bens móveis e monumentos de outra natureza”, além do respectivo contexto, estando eles em área rural ou urbana, no solo, subsolo ou submerso, seja no mar territorial ou na plataforma continental.

De acordo com o art. 75^{o1152} da Lei 107, aos bens arqueológicos é aplicado o *princípio da conservação pelo registo científico*, bem como o *princípio da precaução*,

¹¹⁵¹ Artigo 74.º

Conceito e âmbito do património arqueológico e paleontológico

1 - Integram o património arqueológico e paleontológico todos os vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, da vida e dos seres humanos:

a) Cuja preservação e estudo permitam traçar a história da vida e da humanidade e a sua relação com o ambiente;

b) Cuja principal fonte de informação seja constituída por escavações, prospecções, descobertas ou outros métodos de pesquisa relacionados com o ser humano e o ambiente que o rodeia.

2 - O património arqueológico integra depósitos estratificados, estruturas, construções, agrupamentos arquitectónicos, sítios valorizados, bens móveis e monumentos de outra natureza, bem como o respectivo contexto, quer estejam localizados em meio rural ou urbano, no solo, subsolo ou em meio submerso, no mar territorial ou na plataforma continental.

3 - Os bens provenientes da realização de trabalhos arqueológicos constituem património nacional, competindo ao Estado e às Regiões Autónomas proceder ao seu arquivo, conservação, gestão, valorização e divulgação através dos organismos vocacionados para o efeito, nos termos da lei.

4 - Entende-se por parque arqueológico qualquer monumento, sítio ou conjunto de sítios arqueológicos de interesse nacional, integrado num território envolvente marcado de forma significativa pela intervenção humana passada, território esse que integra e dá significado ao monumento, sítio ou conjunto de sítios, e cujo ordenamento e gestão devam ser determinados pela necessidade de garantir a preservação dos testemunhos arqueológicos aí existentes.

5 - Para os efeitos do disposto no número anterior, entende-se por território envolvente o contexto natural ou artificial que influencia, estática ou dinamicamente, o modo como o monumento, sítio ou conjunto de sítios é percebido.

¹¹⁵² Artigo 75.º

Formas e regime de protecção

1 - Aos bens arqueológicos será desde logo aplicável, nos termos da lei, o princípio da conservação pelo registo científico.

2 - Em qualquer lugar onde se presuma a existência de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, poderá ser estabelecido com carácter preventivo e temporário, pelo órgão da administração do património cultural competente, uma reserva arqueológica de protecção, por forma a garantir-se a execução de trabalhos de emergência, com vista a determinar o seu interesse.

já que, caso presumida a existência de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, o órgão da administração competente deve estabelecer, em caráter preventivo e temporário, uma reserva arqueológica de proteção.

Também, em caso de parque arqueológico poderá ser estabelecida uma zona *especial de proteção*, sem prejuízo de outras providências.

Os processos de *investigação arqueológica* dependem de prévia emissão de licença, sendo que a definição e os procedimentos de trabalho arqueológico estão previstos no art. 77^{o1153} da Lei 107. O regime de autorização para trabalhos arqueológicos está contemplado nos artigos 6º e 7º do Decreto-Lei nº 164/2014 de Portugal.

A prática do delito em questão independe de classificação ou inventariação, basta que se enquadre na condição de material arqueológico. Porém, caso o objeto

3 - Sempre que o interesse de um parque arqueológico o justifique, o mesmo poderá ser dotado de uma zona especial de protecção, a fixar pelo órgão da administração do património cultural competente, por forma a garantir-se a execução futura de trabalhos arqueológicos no local.

4 - A legislação de desenvolvimento poderá também estabelecer outros tipos de providências limitativas da modificação do uso, da transformação e da remoção de solos ou de qualquer actividade de edificação sobre os mesmos, até que possam ser estudados dentro de prazos máximos os testemunhos que se saiba ou fundamentadamente se presume ali existirem.

5 - Desde que os bens arqueológicos não estejam classificados, ou em vias de o serem, poderão os particulares interessados promover, total ou parcialmente, a expensas suas, nos termos da lei, os trabalhos arqueológicos de cuja conclusão dependa a cessação das limitações previstas nos n.os 2 e 4 do presente artigo.

6 - Depende de prévia emissão de licença a utilização de detectores de metais e de qualquer outro equipamento de detecção ou processo destinados à investigação arqueológica, nos termos da lei.

7 - Com vista a assegurar o ordenamento e a gestão dos parques arqueológicos, definidos no n.º 4 do artigo 74.º, a administração do património arqueológico competente deve, nos termos da lei, elaborar um plano especial de ordenamento do território, designado por plano de ordenamento de parque arqueológico.

8 - Os objectivos, o conteúdo material e o conteúdo documental do plano referido no número anterior serão definidos na legislação de desenvolvimento.

¹¹⁵³ Artigo 77.º Trabalhos arqueológicos

1 - Para efeitos da presente lei, são trabalhos arqueológicos todas as escavações, prospecções e outras investigações que tenham por finalidade a descoberta, o conhecimento, a protecção e a valorização do património arqueológico.

2 - São escavações arqueológicas as remoções de terreno no solo, subsolo ou nos meios subaquáticos que, de acordo com metodologia arqueológica, se realizem com o fim de descobrir, conhecer, proteger e valorizar o património arqueológico.

3 - São prospecções arqueológicas as explorações superficiais sem remoção de terreno que, de acordo com metodologia arqueológica, visem as actividades e objectivos previstos no número anterior.

4 - A realização de trabalhos arqueológicos será obrigatoriamente dirigida por arqueólogos e carece de autorização a conceder pelo organismo competente da administração do património cultural.

5 - Não se consideram trabalhos arqueológicos, para efeitos da presente lei, os achados fortuitos ou ocorridos em consequência de outro tipo de remoções de terra, demolições ou obras de qualquer índole.

atingido esteja classificado como património cultural, entendemos que pela especialidade incide o crime de dano qualificado, previsto no art. 213º, nº 1, letra “d” do Código Penal. Ainda, é possível a acumulação com o delito do art. 215º do Código Penal.

Caso forem realizados atos de investigação arqueológica e/ou forem empregues aparelhos de detecção, como detectores de metais, sem a licença prévia competente, o infrator ainda estará sujeito à contraordenação grave do art. 105º, letra “a”, da Lei 107/2001. A utilização de tais formas de detecção em trabalhos arqueológicos está disciplinada na Lei nº 121/1999.

É possível que tal delito seja cometido por omissão, como quando o agente tenha o dever de vigiar uma fonte de perigo e não o faz, ou quando toma conhecimento de um dano iminente, como no caso dos prédios próximos à escavação apresentarem rachaduras e risco de desabamento sobre o material arqueológico, o que vem a concretizar-se produzindo dano sobre os objetos arqueológicos.¹¹⁵⁴

Interessante consignar que a previsão dos crimes de deslocamento e de destruição de vestígios estão a atender aos compromissos internacionais de Portugal, decorrentes da adesão à Convenção Europeia para a Proteção do Património Arqueológico, assinada em Londres, em 1969, e reforçada em La Valetta, em 1992.¹¹⁵⁵

Por fim, em nossa pesquisa cumpre ainda trazer ao lúmen a existência de uma tutela contraordenacional na Lei de Proteção do Património Cultural, em nível de direito administrativo sancionador, previstas nos artigos 104º,¹¹⁵⁶ 105º¹¹⁵⁷ e

¹¹⁵⁴ NEVES, op. cit., p. 91.

¹¹⁵⁵ MENDES, Paulo de Souza. A tutela penal do património cultural. In: Direito da cultura e do património cultural, op. cit., p. 489.

¹¹⁵⁶ Artigo 104.º

Contra-ordenações especialmente graves

Constitui contra-ordenação punível com coima de 500000\$00 a 5000000\$00 e de 5000000\$00 a 100000000\$00, conforme sejam praticados por pessoa singular ou colectiva:

a) O deslocamento ou a demolição de imóveis classificados, ou em vias de classificação, fora das condições referidas nos artigos 48.º e 49.º;

b) A realização de obras que hajam sido previamente embargadas de harmonia com o disposto no n.º1 do artigo 47.º;

c) A exportação e a expedição de bens classificados, ou em vias de classificação, em violação do disposto no artigo 65.º;

d) A violação do disposto no n.º 1 do artigo 64.º, quando o agente retirar um benefício económico calculável superior a 20000000\$00.

¹¹⁵⁷ Artigo 105.º

106^{o1158}. O procedimento está disciplinado no art. 110^o,¹¹⁵⁹ e é cabível a responsabilidade solidária pelo art. 109^o.¹¹⁶⁰ Pelo art. 108^{o1161} são passíveis de

Contra-ordenações graves

Constitui contra-ordenação punível com coima de 350000\$00 a 3500000\$00 e de 3500000\$00 a 20000000\$00, conforme sejam praticadas por pessoa singular ou colectiva:

- a) A violação do disposto no n.º 3 do artigo 45.º, no artigo 51.º e no n.º 6 do artigo 75.º, bem como do regime de apresentação de licença de exportação de bens culturais para fora do território aduaneiro da União Europeia, tal como prescrito no artigo 2.º do Regulamento n.º 3911/92/CEE, do Conselho, de 9 de Dezembro;
- b) A violação do disposto no artigo 32.º, nos n.os 1 e 2 do artigo 36.º, no artigo 57.º e no n.º 1 do artigo 64.º, fora dos casos previstos na alínea d) do artigo 104.º, bem como a violação do disposto no n.º 1 do artigo 78.º;
- c) A violação do dever de comunicação de importação ou de admissão, decorrente do disposto no n.º 1 do artigo 68.º;
- d) A violação do disposto no n.º 3 do artigo 45.º e no artigo 51.º, bem como o deslocamento ou a demolição ilícita, a realização de obras previamente embargadas ou a exportação ou expedição de bens realizadas em desconformidade com o disposto nos n.os 1 e 5 do artigo 66.º, quando, em qualquer dos casos, a violação respeite a bens classificados como de interesse público.

¹¹⁵⁸ Artigo 106.º

Contra-ordenações simples

Constitui contra-ordenação punível com coima de 100000\$00 a 500000\$00 e de 500000\$00 a 5000000\$00, conforme sejam praticadas por pessoa singular ou colectiva:

- a) A violação do disposto no artigo 32.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 36.º, quando a mesma respeite abens classificados como de interesse municipal;
- b) A violação do disposto no artigo 21.º e no n.º 1 dos artigos 41.º e 46.º, e a violação de algum dos deveres ou restrições previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 60.º

¹¹⁵⁹ Artigo 110.º Instrução

e decisão

1 - A instrução do procedimento por contra-ordenação cabe ao serviço da administração do património cultural competente para o procedimento de classificação.

2 - A aplicação da coima compete ao órgão dirigente do serviço referido no número anterior, cabendo o montante da coima em 60% ao Estado e em 40% à entidade respectiva, salvo quando cobradas pelos organismos competentes dos Governos Regionais, caso em que reverterem totalmente para a respectiva Região.

¹¹⁶⁰ Artigo 109.º

Responsabilidade solidária

Quando tiverem sido executados trabalhos de conservação ou restauro que impliquem dano irreparável ou destruição ou demolição em bens classificados ou em vias de o serem, sem prévia autorização do serviço competente, as pessoas a quem se achem vinculados, por contrato de trabalho, de prestação de serviços ou de empreitada, aqueles que cometerem qualquer das contra-ordenações previstas nesta lei são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento da importância igual ao da coima àqueles aplicável, salvo se provarem ter tomado as providências necessárias para os fazer observar a lei.

¹¹⁶¹ Artigo 108.º Sanções

acessórias

1 - Conjuntamente com a coima prevista no tipo legal de contra-ordenação, pode ser aplicada ao infractor uma das seguintes sanções acessórias:

- a) Apreensão dos bens objecto da infracção;
- b) Interdição do exercício da profissão de antiquário ou leiloeiro;
- c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público para efeitos de salvaguarda ou valorização de bem cultural;
- d) Privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos;
- e) Encerramento do estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa;
- f) Suspensão de autorizações, licenças e alvarás.

aplicação penalidades acessórias, como a apreensão dos objetos da infração, e as condutas podem ser puníveis a título de negligência pelo art. 107º,¹¹⁶² o que entendemos pode decorrer de erro sobre um dos elementos do fato, a teor do art. 16º¹¹⁶³ do Código Penal de Portugal.

1.4 OS PRINCÍPIOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL PORTUGUÊS

Analisaremos aqui os princípios protetivos do património cultural do direito português, com base na Lei nº 107/2001 e na doutrina local, bem como atento ao facto de que os princípios encontram-se em nível mais elevado no ordenamento jurídico interno, conduzíveis “ao nível constitucional, tendo em conta justamente as diversas partes ou (sub)constituições que a Constituição contém.”¹¹⁶⁴

1.4.1 Princípios Principais

Os principais princípios estão previstos no art. 6º da Lei 107:

Artigo 6.º

Outros princípios gerais

Para além de outros princípios presentes nesta lei, a política do património cultural obedece aos princípios gerais de:

- a) Inventariação, assegurando-se o levantamento sistemático, actualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes com vista à respectiva identificação;
- b) Planeamento, assegurando que os instrumentos e recursos mobilizados e as medidas adaptadas resultam de uma prévia e adequada planificação e programação;
- c) Coordenação, articulando e compatibilizando o património cultural com as restantes políticas que se dirigem a idênticos ou conexos interesses públicos e privados, em especial as políticas de ordenamento do território,

2 - As sanções referidas nas alíneas b) e c) do número anterior terão a duração máxima de dois anos, que se contarão a partir da decisão condenatória.

¹¹⁶² Artigo 107.º

Negligência

A negligência é punível.

¹¹⁶³ Artigo 16.º

Erro sobre as circunstâncias do facto

1 - O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo.

2 - O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.

3 - Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.

¹¹⁶⁴

NABAIS,

op.

cit.,

2022,

p.

12.

- de ambiente, de educação e formação, de apoio à criação cultural e de turismo;
- d) Eficiência, garantindo padrões adequados de cumprimento das imposições vigentes e dos objectivos previstos e estabelecidos;
 - e) Inspeção e prevenção, impedindo, mediante a instituição de organismos, processos e controlos adequados, a desfiguração, degradação ou perda de elementos integrantes do património cultural;
 - f) Informação, promovendo a recolha sistemática de dados e facultando o respectivo acesso tanto aos cidadãos e organismos interessados como às competentes organizações internacionais;
 - g) Equidade, assegurando a justa repartição dos encargos, ónus e benefícios decorrentes da aplicação do regime de protecção e valorização do património cultural;
 - h) Responsabilidade, garantindo prévia e sistemática ponderação das intervenções e dos actos susceptíveis de afectar a integridade ou circulação lícita de elementos integrantes do património cultural;
 - i) Cooperação internacional, reconhecendo e dando efectividade aos deveres de colaboração, informação e assistência internacional.

O **princípio da inventariação** é descrito no art. 19º, nº 1, da Lei 107, pelo qual a inventariação consiste no “levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação.”¹¹⁶⁵

De acordo com Casalta Nabais tal princípio deve ser interpretado de maneira mais extensa, não apenas para incluir o inventário, mas também a classificação de bens culturais, o que de acordo com o art. 18º da Lei 107, é o “ato final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural”. Sendo que para este autor aí devem estar incluídos “outros que mereçam a qualificação de bens culturais por representarem testemunho de civilização ou de cultura”.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁵ Artigo 19.º

Inventariação

1 - Entende-se por inventariação o levantamento sistemático, actualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação.

2 - O inventário abrange os bens independentemente da sua propriedade pública ou privada.

3 - O inventário inclui os bens classificados e os que, de acordo com os n.os 1, 3 e 5 do artigo 2.º e on.º 1 do artigo 14.º, mereçam ser inventariados.

4 - O inventário abrange duas partes: o inventário de bens públicos, referente aos bens de propriedade do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, e o inventário de bens de particulares, referente aos bens de propriedade de pessoas colectivas privadas e de pessoas singulares.

5 - Só a título excepcional, e mediante despacho devidamente justificado do membro do governo central ou regional responsável pela área da cultura, os bens não classificados pertencentes a pessoas colectivas privadas e as pessoas singulares serão incluídos no inventário sem o acordo destas.

6 - Ficarão a constar do inventário independentemente do desfecho do procedimento os bens que se encontrem em vias de classificação.

¹¹⁶⁶

O **princípio do planeamento**, que consta do art. 6º, letra “b”, no art. 13º, “a”, “b” e “c”,¹¹⁶⁷ e no art. 53º¹¹⁶⁸ da Lei 107, assegura que os devidos instrumentos e recursos sejam disponibilizados, e as medidas necessárias resultem de um prévio e adequado planeamento e programação, sem prejuízo da adoção de plano de pormenor de salvaguarda para a área a ser protegida e de um plano integrado gestão territorial referente aos bens imóveis. Outrossim, é importante uma política de planeamento como orientação estratégica e a mobilização dos necessários recursos para serem atingidos os objetivos estabelecidos, sendo que as necessárias intervenções nos bens culturais devem preferencialmente serem planeadas.

Para Casalta Nabais podemos dividir o planeamento em duas dimensões. Naparte estratégica está dirigido na elaboração de linhas de ação para a correta preservação, bem como de instrumentos adequados para a valorização do património cultural. A outra dimensão seria mais ampla, com ligação ao urbanismo, já que incidirá sobre o ordenamento do território, inclusive com vigilância e incentivo

¹¹⁶⁷ Artigo 13.º

Componentes específicas da política do património cultural

A política do património cultural deverá integrar especificamente, entre outras, as seguintes componentes:

- a) Definição de orientações estratégicas para todas as áreas do património cultural;
- b) Definição, através de planos, programas e directrizes, das prioridades de intervenção ao nível da conservação, recuperação, acrescentamento, investigação e divulgação do património cultural;
- c) Definição e mobilização dos recursos humanos, técnicos e financeiros necessários à consecução dos objetivos e das prioridades estabelecidas;

¹¹⁶⁸ Artigo 53.º

Planos

1 - O acto que decreta a classificação de monumentos, conjuntos ou sítios nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, obriga o município, em parceria com os serviços da administração central ou regional autónoma responsáveis pelo património cultural, ao estabelecimento de um plano de pormenor de salvaguarda para a área a proteger.

2 - A administração do património cultural competente pode ainda determinar a elaboração de um plano integrado, salvaguardando a existência de qualquer instrumento de gestão territorial já eficaz, reconduzido a instrumento de política sectorial nos domínios a que deva dizer respeito.

3 - O conteúdo dos planos de pormenor de salvaguarda será definido na legislação de desenvolvimento, o qual deve estabelecer, para além do disposto no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial:

- a) A ocupação e usos prioritários;
- b) As áreas a reabilitar;
- c) Os critérios de intervenção nos elementos construídos e naturais;
- d) A cartografia e o recenseamento de todas as partes integrantes do conjunto;
- e) As normas específicas para a protecção do património arqueológico existente;
- f) As linhas estratégicas de intervenção, nos planos económico, social e de requalificação urbana e paisagística.

para o correto destino dos bens culturais, no que irá se valer dos planos integrados e de pormenor salvaguarda.¹¹⁶⁹

O **princípio de coordenação das políticas** está previsto no art. 6º, letra “c”, e no art. 13º “e”,¹¹⁷⁰ da Lei 107. Aqui se busca coordenar, articular e compatibilizar o património cultural com as demais políticas dirigidas aos simétricos interesses públicos e privados, notadamente em relação as do meio ambiente, urbanismo, educação e formação, com vistas ao apoio do turismo e da criação cultural. Tais áreas possuem pontos de contato e interesse com o património cultural, mas devendo sempre ser resguardada a autonomia deste.

O **princípio da eficiência** está previsto no art. 6º, letra “d” da Lei 107 e objetiva garantir os devidos padrões para o cumprimento das imposições vigentes e dos objetivos nela previstos, em favor da tutela do património cultural.

O **princípio da prevenção** localizamos no art. 6º, junto as letras “e” e “h”, no art. 45º, 1 e 3¹¹⁷¹, no art. 33, 1,¹¹⁷² no art. 70º,¹¹⁷³ letras “a”, “b” e “c”, e no art. 75, nº

¹¹⁶⁹ NABAIS, op. cit., 2010, p. 124.

¹¹⁷⁰ Artigo 13.º

Componentes específicas da política do património cultural

A política do património cultural deverá integrar especificamente, entre outras, as seguintes componentes:

e) Definição dos modelos de articulação da política do património cultural com as demais políticas sectoriais;

¹¹⁷¹ Artigo 45.º

Projectos, obras e intervenções

1 - Os estudos e projectos para as obras de conservação, modificação, reintegração e restauro em bens classificados, ou em vias de classificação, são obrigatoriamente elaborados e subscritos por técnicos de qualificação legalmente reconhecidos ou sob a sua responsabilidade directa.

2 - Os estudos e projectos referidos no número anterior devem integrar ainda um relatório sobre a importância e a avaliação artística ou histórica da intervenção, da responsabilidade de um técnico competente nessa área.

3 - As obras ou intervenções em bens imóveis classificados nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, serão objecto de autorização e acompanhamento do órgão competente para a decisão final do procedimento de classificação, nos termos definidos na lei.

4 - Concluída a intervenção, deverá ser elaborado e remetido à administração do património cultural competente um relatório de onde conste a natureza da obra, as técnicas, as metodologias, os materiais e os tratamentos aplicados, bem como documentação gráfica, fotográfica, digitalizada ou outra sobre o processo seguido.

¹¹⁷² Artigo 33.º

Medidas provisórias

1 - Logo que a Administração Pública tenha conhecimento de que algum bem classificado, ou em vias de classificação, corra risco de destruição, perda, extravio ou deterioração, deverá o órgão competente da administração central, regional ou municipal determinar as medidas provisórias ou as medidas técnicas de salvaguarda indispensáveis e adequadas, podendo, em caso de impossibilidade própria, qualquer destes órgãos solicitar a intervenção de outro.

2 - Se as medidas ordenadas importarem para o detentor a obrigação de praticar determinados actos, deverão ser fixados os termos, os prazos e as condições da sua execução, nomeadamente prestação de apoio financeiro ou técnico.

2,¹¹⁷⁴ todos da Lei 107. Também está inserido no Decreto-lei nº 164/1997, que trata sobre o patrimônio cultural subaquático,¹¹⁷⁵ que contempla medidas de prevenção¹¹⁷⁶ no tocante às atividades de navegação e pesca em locais específicos, para a salvaguarda dos bens encontrados ou provavelmente existentes, além de cominar sanções¹¹⁷⁷ no caso de sua inobservância.

Por estes são necessários que sejam observados os devidos padrões objetivos, além de responsabilidade naquilo que diz respeito a uma eventual intervenção que deva ocorrer de forma prévia e sistemática com vistas à prevenção de danos e a correta conservação dos bens culturais. Para tanto, também é importante uma manutenção preventiva e programada, a continuidade de pesquisas e formas adequadas de tutela dos bens, em especial do patrimônio cultural edificado.

Ainda, no caso de o poder público ter ciência de que algum bem, em vias de classificação ou já classificado, esteja em situação de *risco, destruição, perda, extravio ou deterioração*, o respectivo órgão responsável deve determinar as medidas provisórias e técnicas de salvaguarda indispensáveis, ou a intervenção de

3 - Além das necessárias medidas políticas e administrativas, fica o Governo obrigado a instituir um fundo destinado a compartilhar nos actos referidos no n.º 2 do presente artigo e a acudir a situações de emergência ou de calamidade pública.

¹¹⁷³ Artigo 70.º

Componentes do regime de valorização

São componentes do regime geral de valorização dos bens culturais:

- a) A conservação preventiva e programada;
- b) A pesquisa e a investigação;
- c) A protecção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, designadamente os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios;

¹¹⁷⁴ Artigo 75.º

Formas e regime de protecção

1 - Aos bens arqueológicos será desde logo aplicável, nos termos da lei, o princípio da conservação pelo registo científico.

2 - Em qualquer lugar onde se presuma a existência de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, poderá ser estabelecido com carácter preventivo e temporário, pelo órgão da administração do património cultural competente, uma reserva arqueológica de protecção, por forma a garantir-se a execução de trabalhos de emergência, com vista a determinar o seu interesse.

¹¹⁷⁵ Artigo 1.º Património cultural subaquático. 1 - O património cultural subaquático é constituído por todos os bens móveis ou imóveis e zonas envolventes, testemunhos de uma presença humana, possuidores de valor histórico, artístico ou científico, situados, inteiramente ou em parte, em meio subaquático, encharcado ou húmido [...].

¹¹⁷⁶ Artigo 11.º Medidas de prevenção. Nas áreas de trabalhos arqueológicos subaquáticos o IPA promove a adopção pelas entidades competentes das medidas de prevenção, designadamente de navegação e pesca, que se mostrem adequadas às actividades arqueológicas subaquáticas, bem como à salvaguarda dos bens encontrados ou provavelmente existentes.

¹¹⁷⁷ Os artigos 21 a 26 tratam da fiscalização e das contra-ordenações.

outro órgão, para a tutela do bem. E quando realizadas obras ou intervenções, é necessário que elas sejam submetidas a estudos e projetos próprios, subscritos por profissionais da área, os quais serão submetidos à aprovação e fiscalização dos órgãos competentes.

Conforme Carla Gomes a “fragilidade dos bens que incorporam uma dimensão imaterial de memória e testemunha da civilização convoca a título principal a máxima da prevenção”, a qual irá se traduzir não apenas nos procedimentos administrativos de proteção, mas também no envolvimento de uma espécie de *redoma de intangibilidade*, com o intuito de preservar a sua integridade e de tomar medidas preventivas a fim de evitar a incidência de danos.

O **princípio da informação** está no art. 6º, letra “f” da Lei 107 e objetiva promover rigorosamente a coleta sistemática de dados no tocante aos bens culturais e possibilitar o acesso a estes para os cidadãos e demais órgãos interessados, seja em nível local ou internacional. Diferente da inventariação que está voltada à identificação de bens, a informação busca coletar, disponibilizar e divulgar o máximo possível de dados a respeito do patrimônio cultural.

O **princípio da equidade**, previsto no art. 6º, letra “g”, da Lei 107, tem por escopo assegurar uma justa repartição dos ônus e dos benefícios oriundos da aplicação do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural.

Para Carla Gomes o “tratamento equitativo dos detentores de bens culturais é especialmente importante nos casos em que a utilização do habitual do bem é perturbada de forma relevante ou totalmente inviabilizada”. Com o propósito de que seja assegurada a correta conservação e a devida fruição do objeto em benefício da coletividade, a consequência é que o responsável pelo bem cultural arcará com vários encargos e limitações,¹¹⁷⁸ como podemos vislumbrar no rol de *deveres especiais dos detentores*,¹¹⁷⁹ do art. 21º.

¹¹⁷⁸ GOMES, Carla Amado, op. cit., 2008, p. 84-5.

¹¹⁷⁹ Artigo 21.º

Deveres especiais dos detentores

1 - Os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados ou inventariados estão especificamente adstritos aos seguintes deveres:

- a) Facilitar à administração do património cultural a informação que resulte necessária para execução da presente lei;
- b) Conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e evitar a sua perda, destruição ou deterioração;
- c) Adequar o destino, o aproveitamento e a utilização do bem à garantia da respectiva conservação.

Por conta do que também são reconhecidos direitos no art. 20º¹¹⁸⁰ — como a possibilidade de receber a indenização e até requer a expropriação (art. 50º, 1, “c”), a previsão de benefícios e incentivos fiscais no art. 97º,¹¹⁸¹ bem como a incidência de deveres da administração no art. 22º,¹¹⁸² todos da Lei 107.

O **princípio da responsabilidade** do art. 6º, “h”, da Lei 107, prevê que será garantida a prévia e sistemática ponderação das intervenções assim como daqueles atos que sejam susceptíveis de afetar a integridade ou mesmo a circulação lícita de objetos que integrem o patrimônio cultural. Indiretamente está ligado ao princípio da prevenção, embora seja autônomo, pois o objetivo aqui é o de ponderar qualquer conduta que cause afetação à higidez dos bens culturais.

2 - Sobre os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados incidem ainda os seguintes deveres:

- a) Observar o regime legal instituído sobre acesso e visita pública, à qual podem, todavia, eximir-se mediante a comprovação da respectiva incompatibilidade, no caso concreto, com direitos, liberdades e garantias pessoais ou outros valores constitucionais;
- b) Executar os trabalhos ou as obras que o serviço competente, após o devido procedimento, considerar necessários para assegurar a salvaguarda do bem.

¹¹⁸⁰ Artigo 20.º

Direitos especiais dos detentores

Os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados ou inventariados gozam, entre outros, dos seguintes direitos específicos:

- a) O direito de informação quanto aos actos da administração do património cultural que possam repercutir-se no âmbito da respectiva esfera jurídica;
- b) O direito de conhecer as prioridades e as medidas políticas já estabelecidas para a conservação e valorização do património cultural;
- c) O direito de se pronunciar sobre a definição da política e de colaborar na gestão do património cultural, pelas formas organizatórias e nos termos procedimentais que a lei definir;
- d) O direito a uma indemnização sempre que do acto de classificação resultar uma proibição ou uma restrição grave à utilização habitualmente dada ao bem;
- e) O direito de requerer a expropriação, desde que a lei o preveja.

¹¹⁸¹ Artigo 97.º

Regime de benefícios e incentivos fiscais

A definição e estruturação do regime de benefícios e incentivos fiscais relativos à protecção e valorização do património cultural são objecto de lei autónoma.

¹¹⁸² Artigo 22.º

Deveres especiais da Administração

1 - O Estado deverá promover a existência e adequada estruturação e funcionamento de um sistema nacional de informação do património cultural, através da implantação, compatibilização e progressiva interoperatividade das diferentes redes de bases de dados.

2 - A legislação de desenvolvimento deverá obrigatoriamente regular a constituição, organização e funcionamento das redes nacionais de arquivos, bibliotecas e museus.

3 - Serão assegurados os direitos e as garantias estabelecidas na Constituição e na lei geral em matéria de protecção de dados pessoais e os imperativos de segurança dos bens, designadamente através do estabelecimento de níveis de acesso e gestão adequados.

4 - A administração do património cultural deverá promover a cooperação entre os seus serviços e instituições, a qual poderá incluir a cedência e troca de bens culturais sempre que se trate de integrar ou completar colecções ou fundos de natureza histórica ou de especial interesse literário, artístico, científico ou técnico.

O **princípio da cooperação** objetiva reconhecer e conferir efetividade aos deveres de colaboração, de informação e assistência, no plano local e internacional. Para Casalta Nabais este se desdobra em três subprincípios. O da *colaboração* que diz respeito à interação entre a administração pública e os entes privados detentores do património cultural, está no art. 8.^o.¹¹⁸³ O intuito é propiciar a colaboração, no sentido de conjugar os interesses e as iniciativas, dentro do escopo comum de proteção e valorização do património cultural, e da possibilidade de se conceder contrapartidas, benefícios fiscais, apoio técnico e medidas de fomento¹¹⁸⁴ (art. 13.^o, letra “g”).¹¹⁸⁵

O segundo subprincípio é o da *cooperação institucional*, que diz respeito à contratualização da administração pública com os parceiros institucionais, como as regiões autónomas, os municípios, as autarquias e a Igreja Católica, no sentido de entabular acordo para os fins de atingir interesses públicos voltados à tutela do património cultural, tais como identificação, reconhecimento, conservação, segurança, restauro, valorização e divulgação de bens culturais, ou delegação de tarefas, tal como o apoio mútuo. Está visível nos artigos 4.^o,¹¹⁸⁶ e 93,¹¹⁸⁷ todos da Lei 107.¹¹⁸⁸

¹¹⁸³ Artigo 8.^o

Colaboração entre a Administração Pública e os particulares

As pessoas colectivas de direito público colaborarão com os detentores de bens culturais, por forma que estes possam conjugar os seus interesses e iniciativas com a actuação pública, à luz dos objectivos de protecção e valorização do património cultural, e beneficiem de contrapartidas de apoio técnico e financeiro e de incentivos fiscais.

¹¹⁸⁴ Artigo 13.^o

Componentes específicos da política do património cultural

A política do património cultural deverá integrar especificamente, entre outras, as seguintes componentes:

g) Adopção de medidas de fomento à criação cultural.

¹¹⁸⁵ NABAIS, op. cit., 2010, p. 119-20.

¹¹⁸⁶ Artigo 4.^o

Contratualização da administração do património cultural

1 - Nos termos da lei, o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais podem celebrar com detentores particulares de bens culturais, outras entidades interessadas na preservação e valorização de bens culturais ou empresas especializadas acordos para efeito da prossecução de interesses públicos na área do património cultural.

2 - Entre outros, os instrumentos referidos no número anterior podem ter por objecto a colaboração recíproca para fins de identificação, reconhecimento, conservação, segurança, restauro, valorização e divulgação de bens culturais, bem como a concessão ou delegação de tarefas, desde que não envolvam a habilitação para a prática de actos administrativos de classificação.

3 - Com as pessoas colectivas de direito público e de direito privado detentoras de acervos de bens culturais de excepional importância e com as entidades incumbidas da respectiva representação podem o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais acordar fórmulas institucionais de composição mista destinadas a canalizar de modo concertado, planificado e expedito as respectivas relações no domínio da aplicação da presente lei e da sua legislação de desenvolvimento.

E o último é o da *cooperação internacional* e que envolve a tutela do património cultural português, o qual também é compartilhado por outros povos, como os de origem lusófona.

Tal subprincípio figura nos artigos 2º, nº 7,¹¹⁸⁹ 5º¹¹⁹⁰ e 6º, letra “i”,¹¹⁹¹ todos da Lei 107.¹¹⁹²

Entre os objetivos está a adoção de relações multilaterais com os países

4 - O disposto nos números anteriores aplica-se a todas as confissões religiosas e no que diz respeito à Igreja Católica, enquanto entidade detentora de uma notável parte dos bens que integram o património cultural português, com as adaptações e os aditamentos decorrentes do cumprimento pelo Estado do regime dos bens de propriedade da Igreja Católica ou de propriedade do Estado e com afectação permanente ao serviço da Igreja Católica, definido pela Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé.

¹¹⁸⁷ Artigo 93.º

Atribuições comuns, colaboração e auxílio interadministrativo

1 - As Regiões Autónomas e os municípios participam com o Estado na tarefa fundamental de proteger e valorizar o património cultural do povo português, prosseguido por todos como atribuição comum, ainda que diferenciada nas respectivas concretizações e sem prejuízo da discriminação das competências dos órgãos de cada tipo de ente.

2 - Sem prejuízo das reservas das atribuições e competências próprias, o Estado, as Regiões Autónomas e os municípios articularão entre si a adopção e execução das providências necessárias à realização de fins estabelecidos na presente lei e os respectivos órgãos assegurarão a prestação recíproca de auxílio entre os serviços e instituições deles dependentes no tocante à circulação de informação e à prática de actos materiais que requeiram conhecimentos ou utensilagem especializadas.

3 - O Estado, as Regiões Autónomas e os municípios constituirão fundos e estabelecerão regimes de participação, de modo a enquadrar as intervenções de conservação, restauro, manutenção e valorização dos bens culturais por eles classificados ou inventariados e, tanto quanto possível, de bens culturais que, não obstante haverem sido objecto de um tal acto por parte de outra pessoa colectiva pública, se encontrem na respectiva área de jurisdição.

¹¹⁸⁸ NABAIS, op. cit., 2010, p. 120-1.

¹¹⁸⁹ Artigo 2.º

Conceito e âmbito do património cultural

1 - Para os efeitos da presente lei integram o património cultural todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização.

7 - O ensino, a valorização e a defesa da língua portuguesa e das suas variedades regionais no território nacional, bem como a sua difusão internacional, constituem objecto de legislação e políticas próprias.

¹¹⁹⁰ Artigo 5.º

Identidades culturais

1 - No âmbito das suas relações bilaterais ou multilaterais com os países lusófonos, o Estado Português contribui para a preservação e valorização daquele património cultural, sito no território nacional ou fora dele, que testemunhe capítulos da história comum.

2 - O Estado Português contribui, ainda, para a preservação e salvaguarda do património cultural sito fora do espaço lusófono que constitua testemunho de especial importância de civilização e de cultura portuguesas.

3 - A política do património cultural visa, em termos específicos, a conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia e do património cultural de valor universal excepcional, em particular quando se trate de bens culturais que integrem o património cultural português ou que com este apresentem conexões significativas.

¹¹⁹¹ Artigo 6.º

Outros princípios gerais

Para além de outros princípios presentes nesta lei, a política do património cultural obedece aos princípios gerais de:

lusófonos, com vistas a atuar em favor da preservação e valorização do património cultural, seja no território lusitano ou fora dele, e que testemunhe capítulos da história comum; ou mesmo fora do espaço lusófono sempre que configurar prova da especial importância de civilização e de cultura portuguesas; além da salvaguarda do património cultural europeu e universal, que sejam parte dos bens culturais de Portugal ou que com eles possua significativa conexão.¹¹⁹³

1.4.2 Princípios Dispersos

Além dos citados, podemos encontrar na lei de proteção do patrimóniocultural e no ordenamento português outros princípios.¹¹⁹⁴

O **princípio pro monumento** é visível no art. 2.º,¹¹⁹⁵ e nos cânones iniciais da Lei 107, ao dispor sobre o âmbito, o conceito e os objetos integrantes do seu

i) Cooperação internacional, reconhecendo e dando efectividade aos deveres de colaboração, informação e assistência internacional.

¹¹⁹² NABAIS, op. cit., 2010, p. 121, o qual acrescenta ainda os artigos 7.º, n.º 3, e 9.º, letra “P”, da Constituição de Portugal, os quais preveem, respectivamente, que o país mantenha laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa, e ser uma tarefa fundamental do Estado a defesa e promoção da língua portuguesa.

¹¹⁹³ POÇAS, Isabel Restier. Direito do património cultural e mecanismos de resolução/agilização de litígios. Revista da Ordem dos Advogados, ano 77, n.ºs 3/4, jul.-dez. 2017, p. 646-7.

¹¹⁹⁴ Em relação aos coincidentes com o direito brasileiro não iremos nos aprofundar, remetendo às considerações do capítulo 3.º.

¹¹⁹⁵ Artigo 2.º

Conceito e âmbito do património cultural

1 - Para os efeitos da presente lei integram o património cultural todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização.

2 - A língua portuguesa, enquanto fundamento da soberania nacional, é um elemento essencial do património cultural português.

3 - O interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural reflectirá valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade.

4 - Integram, igualmente, o património cultural aqueles bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória colectiva portuguesas.

5 - Constituem, ainda, património cultural quaisquer outros bens que como tal sejam considerados por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português, pelo menos para os efeitos nelas previstos.

6 - Integram o património cultural não só o conjunto de bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, mas também, quando for caso disso, os respectivos contextos que, pelo seu valor de testemunho, possuam com aqueles uma relação interpretativa e informativa.

7 - O ensino, a valorização e a defesa da língua portuguesa e das suas variedades regionais no território nacional, bem como a sua difusão internacional, constituem objecto de legislação e políticas próprias.

patrimônio cultural como sendo os “bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória” coletiva nacional; os bens “considerados por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português”, e não apenas os bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, mas também “os respectivos contextos que, pelo seu valor de testemunho, possuam com aqueles uma relação interpretativa e informativa”.

O **princípio da fruição universal dos bens culturais** consta do art. 7º e art. 70, alínea “d”,¹¹⁹⁶ da Lei 107, assegurando para todos o direito a fruição dos bens e valores integrantes do patrimônio cultural como forma de realização cultural, independente de serem eles públicos ou privados (mas neste caso sujeito a determinadas condições), devendo ser harmonizada de acordo com critérios de preservação, segurança e funcionalidade de tais bens. Tal princípio também está assegurado nos já examinados artigos 73, nº 3, e 78, nº 1, da Constituição de Portugal.

De acordo com Casalta Nabais este princípio serve também a ideia de cidadania, de solidariedade, como ao integrar os instrumentos de concretização dos bens culturais aos variados tipos de programas de voluntariado e de apoio à ação educativa, previstos no art. 71º, alíneas “i” e “j” da Lei 107, o que coloca o patrimônio cultural como um instrumento de “cidadania responsabilmente solidária”, por meio de uma qualificada participação cívica, a qual vai além do aspecto procedimental.¹¹⁹⁷ O **princípio da**

participação popular está previsto no art. 10, nº 1¹¹⁹⁸ da Lei 107, e prevê que a participação dos cidadãos interessados na realização de uma gestão efetiva do patrimônio cultural pelo Poder Público pode, além da possibilidade individual, ser assegurada por meio de estruturas associativas e institutos culturais,

8 - A cultura tradicional popular ocupa uma posição de relevo na política do Estado e das Regiões Autónomas sobre a protecção e valorização do património cultural e constitui objecto de legislação própria.

¹¹⁹⁶ Artigo 70.º

Componentes do regime de valorização

São componentes do regime geral de valorização dos bens culturais:

d) O acesso e a fruição;

¹¹⁹⁷ NABAIS, op. cit., 2010, p. 122-3.

¹¹⁹⁸ Artigo 10.º

Estruturas associativas de defesa do património cultural

1 - Para além dos contributos individuais, a participação dos cidadãos interessados na gestão efectiva do património cultural pela Administração Pública poderá ser assegurada por estruturas associativas, designadamente institutos culturais, associações de defesa do património cultural, e outras organizações de direito associativo.

como as associações de defesa do património cultural. Também, é possível a participação nos respectivos procedimentos, inclusive por via da ação popular, conforme art. 9º, n.ºs 1 e 2,¹¹⁹⁹ ou no expediente de classificação, com a oitiva dos interessados, de acordo com o art. 27º,¹²⁰⁰ ambos da Lei 107.

Ainda, na lei de proteção portuguesa temos uma clara junção entre a atuação do Poder Público e da comunidade, quando prevê em seus princípios basilares o necessário engajamento de toda a administração, seja nacional ou local, e reconhece para o conceito e a formação do seu património cultural a importância do contributo popular, por meio das parcelas estruturantes da identidade e da memória coletiva portuguesa e do testemunho que tenha relevo e valor cultural.

Podemos agregar também as previsões do art. 2º, do art. 48º¹²⁰¹ e do art. 109º,¹²⁰² todos da Constituição de Portugal, respectivamente sobre a realização da democracia cultural e participativa, e a participação na vida pública e política dos seus cidadãos. Ainda, a Lei nº 83/1995 que trata sobre a participação procedimental e a ação popular; e o Decreto-Lei nº 4/2015, Código do Procedimento Administrativo,

¹¹⁹⁹ Artigo 9.º

Garantias dos administrados

1 - Aos titulares de direitos e interesses legalmente protegidos sobre bens culturais, ou outros valores integrantes do património cultural, lesados por actos jurídicos ou materiais da Administração Pública ou de entidades em que esta delegar tarefas nos termos do artigo 4.º e do n.º 2 do artigo 26.º são reconhecidas as garantias gerais dos administrados, nomeadamente: [...]

2 - É reconhecido, nos termos da lei geral, o direito de participação procedimental e de acção popular para a protecção de bens culturais ou outros valores integrantes do património cultural.

¹²⁰⁰ Artigo 27.º

Audiência dos interessados

1 - Os interessados têm o ónus de carrear para a instrução do procedimento todos os factos e elementos susceptíveis de conduzir a uma justa e rápida decisão e devem ser ouvidos antes de tomada a decisão final, nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

2 - Quando o número de interessados for superior a 10 proceder-se-á a consulta pública, nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

¹²⁰¹ Artigo 48.º

Participação na vida pública

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

2. Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.

¹²⁰² Artigo 109.º

Participação política dos cidadãos

A participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

que no art. 12º¹²⁰³ trata sobre o princípio da participação e nos artigos 121º a 125º prevê o direito de audiência dos interessados.

O **princípio do uso compatível com a natureza do bem** consta do art. 21º, alíneas “b” e “c” da Lei 107,¹²⁰⁴ sendo dever dos detentores dos bens culturais que a sua utilização, proveito e destino sejam realizados de modo a manter a sua conservação, além da obrigação de cuidado, proteção e conservação, como forma de evitar deterioração, perda ou destruição deste patrimônio.

O princípio da preservação no próprio sítio e da proteção do entorno

figura nos artigos 48º,¹²⁰⁵ 57º¹²⁰⁶ e 43º¹²⁰⁷, e no delito do art. 101º, todos da Lei 107.

¹²⁰³ Artigo 12.º

Princípio da participação

Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respetiva audiência nos termos do presente Código.

¹²⁰⁴ Artigo 21.º

Deveres especiais dos detentores

1 - Os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados ou inventariados estão especificamente adstritos aos seguintes deveres:

b) Conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e a evitar a sua perda, destruição ou deterioração;

c) Adequar o destino, o aproveitamento e a utilização do bem à garantia da respetiva conservação.

¹²⁰⁵ Artigo 48.º

Deslocamento

Nenhum imóvel classificado nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, poderá ser deslocado ou removido, em parte ou na totalidade, do lugar que lhe compete, salvo se, na sequência do procedimento previsto na lei, assim for julgado imprescindível por motivo de força maior ou por manifesto interesse público, em especial no caso de a salvaguarda material do mesmo o exigir imperativamente, devendo então a autoridade competente fornecer todas as garantias necessárias quanto à desmontagem, à remoção e à reconstrução do imóvel em lugar apropriado.

¹²⁰⁶ Artigo 57.º

Dever de comunicação de mudança de lugar

Os proprietários e possuidores de bens móveis classificados nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, devem comunicar previamente ao serviço competente para a classificação a mudança de lugar ou qualquer circunstância que afecte a posse ou a guarda do bem.

¹²⁰⁷ Artigo 43.º Zonas de protecção

1 - Os bens imóveis classificados nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, beneficiarão automaticamente de uma zona geral de protecção de 50 m, contados a partir dos seus limites externos, cujo regime é fixado por lei.

2 - Os bens imóveis classificados nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, devem dispor ainda de uma zona especial de protecção, a fixar por portaria do órgão competente da administração central ou da Região Autónoma quando o bem aí se situar.

3 - Nas zonas especiais de protecção podem incluir-se zonas non aedificandi.

4 - As zonas de protecção são servidões administrativas, nas quais não podem ser concedidas pelo município, nem por outra entidade, licenças para obras de construção e para quaisquer trabalhos que alterem a topografia, os alinhamentos e as cercas e, em geral, a distribuição de volumes e coberturas ou o revestimento exterior dos edifícios sem prévio parecer favorável da administração do património cultural competente.

Por conta disto nenhum imóvel classificado ou em vias de classificação poderá ser removido parcial ou totalmente do seu respectivo lugar de origem, salvo, se após o devido procedimento, for entendimento como imprescindível em virtude de força maior ou de manifesto interesse público, em especial, para a sua salvaguarda.

Ainda assim, a autoridade competente deve fornecer por completo as garantias necessárias quanto à desmontagem, à remoção e à reconstrução do imóvel em lugar então apropriado. No caso de bens móveis classificados ou em vias de classificação, os responsáveis devem comunicar previamente ao serviço competente a mudança de lugar, ou qualquer condição que afete a posse ou a guarda do bem.

No tocante à proteção do entorno, dos imóveis classificados ou em vias de classificação, está previsto a criação “zonas de proteção”, uma espécie de servidão administrativa, na qual se impõe um âmbito de exclusão de 50 metros, a partir dos seus limites externos, inclusive com a possibilidade de criação de proibição de edificar. Ressalvada as alterações internas, tal zona cria restrições a partir das quais não serão concedidas autorizações para obras e trabalhos que alterem topografia, alinhamentos e distribuição de volumes e coberturas ou o revestimento exterior dos edifícios sem prévio parecer favorável da administração do patrimônio cultural competente.

O princípio da tutela pública dos bens culturais desponha nos artigos 1º,¹²⁰⁸ 3º, 11º,¹²⁰⁹ 12º,¹²¹⁰ 70º¹²¹¹ e 71º da Lei 107 e art. 78º da Constituição

5 - Excluem-se do preceituado pelo número anterior as obras de mera alteração no interior de imóveis.
¹²⁰⁸ Artigo 1.º

Objecto

1 - A presente lei estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural, como realidade da maior relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura.

2 - A política do património cultural integra as acções promovidas pelo Estado, pelas Regiões Autónomas, pelas autarquias locais e pela restante Administração Pública, visando assegurar, no território português, a efectivação do direito à cultura e à fruição cultural e a realização dos demais valores e das tarefas e vinculações impostas, neste domínio, pela Constituição e pelo direito internacional.

¹²⁰⁹ Artigo 11.º

Dever de preservação, defesa e valorização do património cultural

1 - Todos têm o dever de preservar o património cultural, não atentando contra a integridade dos bens culturais e não contribuindo para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei.

2 - Todos têm o dever de defender e conservar o património cultural, impedindo, no âmbito das faculdades jurídicas próprias, em especial, a destruição, deterioração ou perda de bens culturais.

portuguesa. Ele destina-se a entidades que desempenham ou tenham como encargo algum tipo de função pública, sejam elas entes públicos ou privados, com objetivos ligados ao conhecimento, ao estudo, à divulgação, à valorização e proteção do património cultural.

Aqui, a tutela pública “está a serviço não apenas de uma visão estática e conservadora dos bens culturais, mas também ao serviço de uma visão dinâmica preocupada com o enriquecimento, o engrandecimento do património cultural”, dentro do intuito que se transmite à geração seguinte uma riqueza deste nível cultural, mais qualificada do que a recebida anteriormente.¹²¹²

O **princípio da graduabilidade** aparece principalmente nos artigos 15^{o1213} e 16^{o1214} da Lei 107. Por este são duas as formas principais de proteção de bens

3 - Todos têm o dever de valorizar o património cultural, sem prejuízo dos seus direitos, agindo, na medida das respectivas capacidades, com o fito da divulgação, acesso à fruição e enriquecimento dos valores culturais que nele se manifestam.

¹²¹⁰ Artigo 12.º

Finalidades da protecção e valorização do património cultural

1 - Como tarefa fundamental do Estado e dever dos cidadãos, a protecção e a valorização do património cultural visam:

- a) Incentivar e assegurar o acesso de todos à fruição cultural;
- b) Vivificar a identidade cultural comum da Nação Portuguesa e das comunidades regionais e locais a ela pertencentes e fortalecer a consciência da participação histórica do povo português em realidades culturais de âmbito transnacional;
- c) Promover o aumento do bem-estar social e económico e o desenvolvimento regional e local;
- d) Defender a qualidade ambiental e paisagística.

2 - Constituem objectivos primários da política de património cultural o conhecimento, a protecção, a valorização e o crescimento dos bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, bem como dos respectivos contextos.

¹²¹¹ Artigo 70.º

Componentes do regime de valorização

São componentes do regime geral de valorização dos bens culturais:

- a) A conservação preventiva e programada;
- b) A pesquisa e a investigação;
- c) A protecção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, designadamente os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios;
- d) O acesso e a fruição;
- e) A formação;
- f) A divulgação, sensibilização e animação;
- g) O crescimento e o enriquecimento;
- h) O apoio à criação cultural;
- i) A utilização, o aproveitamento, a rendibilização e a gestão;
- j) O apoio a instituições técnicas e científicas.

¹²¹² NABAIS, op. cit., 2010, p. 114-5.

¹²¹³ Artigo 15.º

Categorias de bens

1 - Os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que tais categorias se encontram definidas no direito internacional, e os móveis, entre outras, às categorias indicadas no título VII.

culturais: inventariação e classificação. E esta atende a três níveis numa escala gradativa de relevo, bens de interesse nacional, monumentos ou tesouros nacionais, bens de interesse público e os de interesse municipal.

A competência para escalonar a graduação será do respectivo órgão público responsável pela classificação, o que se realizado por decreto, portaria ou outra forma válida. Tal procedimento por si só já gera as consequentes restrições aos responsáveis pelo bem cultural.¹²¹⁵

O **princípio da sustentabilidade** está conectado ao objetivo de que o patrimônio cultural e as formas de uso e fruição dos bens culturais propiciam uma autogestão e alavanquem um suporte financeiro, como por meio de instrumentos de rendibilização dos bens culturais que lhes garantam uma autossustentação. Iremos encontrar tal princípio nos apoios previstos no art. 99^{o1216} da Lei 107.

2 - Os bens móveis e imóveis podem ser classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal.

3 - Para os bens imóveis classificados como de interesse nacional, sejam eles monumentos, conjuntos ou sítios, adoptar-se-á a designação «monumento nacional» e para os bens móveis classificados como de interesse nacional é criada a designação «tesouro nacional».

4 - Um bem considera-se de interesse nacional quando a respectiva protecção e valorização, no todo ou em parte, represente um valor cultural de significado para a Nação.

5 - Um bem considera-se de interesse público quando a respectiva protecção e valorização represente ainda um valor cultural de importância nacional, mas para o qual o regime de protecção inerente à classificação como de interesse nacional se mostre desproporcionado.

6 - Consideram-se de interesse municipal os bens cuja protecção e valorização, no todo ou em parte, representem um valor cultural de significado predominante para um determinado município.

7 - Os bens culturais imóveis incluídos na lista do património mundial integram, para todos os efeitos e na respectiva categoria, a lista dos bens classificados como de interesse nacional.

8 - A existência das categorias e designações referidas neste artigo não prejudica a eventual relevância de outras, designadamente quando previstas no direito internacional.

¹²¹⁴ Artigo 16.º

Formas de protecção dos bens culturais

1 - A protecção legal dos bens culturais assenta na classificação e na inventariação.

2 - Cada forma de protecção dá lugar ao correspondente nível de registo, pelo que existirá:

a) O registo patrimonial de classificação;

b) O registo patrimonial de inventário.

3 - A aplicação de medidas cautelares previstas na lei não depende de prévia classificação ou inventariação de um bem cultural.

¹²¹⁵ NABAIS, op. cit., p. 117, citando ainda dentro de tal princípio os artigos 21º, 28º, 43º, 50º, 60º, nºs 2 e 3, 65º, 66º e 104 a 106 da Lei 107.

¹²¹⁶ TÍTULO X

Dos benefícios e incentivos fiscais.

Artigo 99.º

Outros apoios

1 - O Governo promoverá o apoio financeiro ou a possibilidade de recurso a formas especiais de crédito, em condições favoráveis, a proprietários ou outros titulares de direitos reais de gozo sobre bens culturais classificados ou inventariados com a condição de os mesmos procederem a trabalhos de protecção, conservação e valorização dos bens, de harmonia com as normas estabelecidas sobre a matéria e sob a orientação dos serviços competentes.

Também, na Constituição de Portugal localizamos tal princípio no seu art. 66º, nº 2, quando preconiza que para “assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios com o envolvimento e a participação dos cidadãos” empreender diversas obrigações, entre as quais realizar e promover o ordenamento do território, bem como o respeito pelos valores do ambiente e o aproveitamento racional dos recursos naturais.

O princípio da unidade do regime de proteção dos bens culturais está previsto no art. 165º, nº 1, alínea “g”,¹²¹⁷ da Constituição de Portugal, sendo dirigido sobretudo ao legislador, para que estabeleça uma disciplina jurídica ao patrimônio cultural que se pautar tendencialmente pela unidade.¹²¹⁸

O princípio da concordância prática revela-se sobre a forma de solucionar “conflitos e de colisões entre os valores consubstanciados na proteção e valorização dos bens culturais e no direito fundamental à sua fruição com outros valores constitucionais”. Podemos localizá-los em questões que digam respeito aos direitos dos proprietários ou detentores de objetos culturais e eventual conflito com os direitos à intimidade da vida privada, habitação, inviolabilidade do domicílio e propriedade. Tal princípio é visível no art. 75º do Decreto-Lei nº 309/2009, quando trata da confidencialidade na divulgação de dados referentes aos bens imóveis classificados ou em classificação, e no art. 21º, nº 2, alínea “a”,¹²¹⁹ da Lei 107.¹²²⁰

1.5 AS VIRTUDES DO SISTEMA PORTUGUÊS EM RELAÇÃO AO BRASILEIRO

2 - Os benefícios financeiros referidos no número anterior poderão ser subordinados a especiais condições e garantias, em termos a fixar, caso a caso, pela administração competente.

¹²¹⁷ Artigo 165.º

Reserva relativa de competência legislativa

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

g) Bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural;

¹²¹⁸ NABAI, op. cit., 2010, p. 116, o qual cita ainda o princípio da proporcionalidade.

¹²¹⁹ Artigo 21.º

Deveres especiais dos detentores

2 - Sobre os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados incidem ainda os seguintes deveres:

a) Observar o regime legal instituído sobre acesso e visita pública, à qual podem, todavia, eximir-se mediante a comprovação da respectiva incompatibilidade, no caso concreto, com direitos, liberdades e garantias pessoais ou outros valores constitucionais;

¹²²⁰ NABAI, op. cit., 2010, p. 117-8,

Da análise operada, podemos observar que o sistema português possui uma ampla densidade no tocante à proteção e valorização do seu patrimônio cultural, estando bem estruturada e figurando em compêndio único, o qual trata da política e do regime de proteção e de valorização do patrimônio cultural. Nesta norma unitária estão previstos os princípios, os instrumentos de proteção e os demais objetos inerentes a uma tutela que atenda à importância do bem jurídico.

Primeiramente, o principal índice protetivo é conferido e assegurado em nível constitucional já nos seus princípios fundamentais, enquanto uma tarefa fundamental do Estado, recebendo uma conotação de não apenas um direito social, mas de um direito análogo aos fundamentais.

Com efeito, a Constituição de Portugal vai ainda mais além e aprofunda as questões no tocante ao patrimônio cultural, tratando-o como um direito individual e coletivo, diante do qual todos têm não apenas o direito de fruição, como também o dever de preservar, defender e valorizar, em especial por parte do Estado, em colaboração com os agentes culturais.

A forma como contemplado o patrimônio cultural na carta portuguesa confere-lhe um status de autêntica cláusula pétrea, não sujeita a retrocessos normativos, supressão ou diminuição de qualquer forma. Inclusive, concatenando a lei maior com o seu sistema criminal, nos arriscamos a dizer que aquela também emite um mandado implícito de criminalização dos atentados contra os objetos culturais.

Para atender aos comandos constitucionais, Portugal já possuía uma lei de bases do patrimônio cultural, a Lei nº 13/1985. Porém, diante da necessidade de aperfeiçoar e modernizar esta normativa, foi promulgada a Lei nº 107/2001, a qual trata das políticas em torno do regime de proteção e valorização dos seus bens culturais.

A referida lei fornece como principais instrumentos de proteção a classificação (equivalente ao tombamento do Brasil), e a inventariação de objetos culturais. Mas para além destes, ainda prevê como instrumentos acessórios de tutela a criação de zonas de proteção, de planos de pormenor de salvaguarda, o direito de preferência e a expropriação.

Outrossim, importante referir que a citada norma de proteção contempla explicitamente em seu bojo vários dos princípios de proteção do patrimônio cultural,

os quais demonstram a sua importância quando da interpretação e aplicação de normativas que digam respeito ou venham a impactar a tutelar e a valorização de bens culturais.

O conteúdo da Lei 107 é ainda regulado e complementado pelo Decreto-Lei nº 309/2009, o qual trata sobre o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como sobre o regime das zonas de proteção e o plano de pormenor de salvaguarda.

A norma de proteção contempla também três tipos penais, as quais dizem respeito ao deslocamento de imóveis classificados, a exportação ilícita de bem classificado e a destruição de vestígios arqueológicos, fornecendo importante complemento aos delitos previstos na lei penal. Além de prever contraordenações.

Por sua vez, o Código Penal de Portugal fornece tutela ao património cultural junto as suas previsões dos crimes contra o património, coibindo as práticas ilícitas de furto, de roubo ou de dano contra bens culturais. Além disso, confere proteções cominações de usurpação de imóvel, no descaminho ou destruição de obras de arte e objetos culturais, e ainda em lei especial que trata dos crimes de guerra contra a propriedade, como a destruição de monumentos.

Portanto, podemos observar que o sistema português fornece uma proteção mais ampla e mais completa, com instrumentos constitucionais, civis, administrativos e penais. Possui uma norma própria para a proteção e a valorização do seu património cultural, contemplando os instrumentos de tutela. Prevê nesta de forma específica três crimes, mas para além destes, ainda estende a proteção do código penal, sob a forma de crime comum contra o património.

Por sua vez no Brasil tão relevante tema não recebe o mesmo tratamento. Primeiramente as normas iniciais do nosso sistema foram introduzidos apenas no século vinte, inclusive impulsionada pela preocupação com a cultural local, como podemos observar a contar do segundo decênio, o qual teve como marco principal a Semana de Arte Moderna.

Até o momento o instrumento mais forte e efetivo em vigor continua sendo o decreto-lei de tombamento, que completou 85 anos de vigência. Outros instrumentos como verificamos foram promulgados, mas jamais catalogados ou reunidos em compêndio único.

O maior destaque para a matéria foi alcançado com a Constituição Federal de 1998. Mas até hoje o instituto do inventário não recebeu nenhuma previsão expressa ou regulamentação legal. E seguimos desconhecendo no que consistiria realmente a vigilância¹²²¹ e as apregoadas outras formas de acautelamento e preservação.

Embora a tutela do patrimônio cultural tenha sido erigida a mandato expresso de criminalização, ocorre que a sua proteção penal é pálida, muito inferior à conferida aos crimes contra o patrimônio, e muito distante da forma como tratada em Portugal, Espanha e Itália, as quais possuem bem estruturada em termos normativos a sua tutela, tanto de forma estatutária, como por via dos instrumentos penais, conforme tivemos a oportunidade de observar.

Em termos sancionatórios os quatro únicos tipos estão sujeitos a justiça negocial, e por ironia o maior patamar de pena já estabelecido continua sendo o antigo e natimorto Código Penal de Nelson Hungria. O delito de maior gravidade possui sanção de no máximo três anos, em que pese contemple condutas de elevada danosidade e provável irreversibilidade, como no caso de destruição de prédios tombados, de museu, biblioteca ou outra instalação científica e cultural.

Já em Portugal as formas de dano ao patrimônio cultural recebem um apenamento mais proporcional, basta ver que a destruição de monumento público e de bens culturais classificados estão sujeitos a até cinco anos de prisão. No caso de a conduta danificar objeto de importante valor científico, artístico, histórico ou natural a pena pode chegar a até oito anos. E se praticado com violência ou grave ameaça, a sanção pode chegar a quinze anos.

Ainda, o sistema português valeu-se da tutela conferida em relação aos crimes patrimoniais para estendê-la também ao patrimônio cultural, o que só existiu no Brasil sob a forma de dano, nos implicitamente revogados artigos 165 e 166 do Código Penal, os únicos então disponíveis para tal finalidade.

Além disto, aquele sistema possui tipos que permitem a salvaguarda tanto de objetos móveis, como imóveis, fornecendo também uma importante proteção junto ao ramo das artes, o qual é igualmente negligenciado em território brasileiro, já que não dispomos de delitos próprios para casos de falsificação, receptação,

¹²²¹ Trata-se de uma decorrência do poder de polícia da administração pública, ou do direito da população de zelar pela proteção de determinado patrimônio, colocando-o sob a sua vigilância e informando ao poder público as hipóteses de eventual risco ou dano, ou ambas as figuras?

contrabando, tráfico internacional, ou outro tipo de atentado em relação às obras raras e preciosas.

Prosseguindo, completando três décadas e meia do vigor da Constituição Cidadã, sendo que era de se esperar, ou melhor, era obrigatório que o ordenamento pátrio pudesse contar com um sistema mais organizado, como no caso de Portugal, urgindo que tenhamos um Código, um Estatuto ou uma Lei Geral de Patrimônio Cultural, a exemplo de normas protetivas, entre as quais verificamos em matéria de meio ambiente, urbanismo, museus, águas, consumidor, ou mesmo dos hipossuficientes, como crianças, adolescentes, idosos e da pessoa com deficiência.

De outra parte, é notório que a legislação portuguesa está atenta aos desafios contemporâneos, vindo a acompanhar o processo evolutivo do direito do patrimônio cultural, e ainda conduzindo este a uma estruturação como um dos novos ramos do Direito, demonstrando a adequação e a necessidade da forma com que esse direito passou a ser tratado de forma sistematizada.¹²²²

Ao passo que o legislador brasileiro ainda não aperfeiçoou o seu sistema e não o adaptou aos comandos constitucionais de proteção e preservação do patrimônio cultural, estando ainda preso a instrumentos avulsos, questões que deveriam ser disciplinadas como o processo de inventário, e atualizadas aos desafios do presente, como no caso da lei de tombamento.

No Brasil, os poucos instrumentos estão desordenados e vagam de forma avulsa por vários diplomas, em contrariedade ao princípio da unidade do patrimônio cultural. Veja-se que o tombamento é previsto por decreto-lei, os delitos estão relacionados na Lei dos Crimes Ambientais, e alguns mecanismos de proteção, como plano diretor, zoneamento e estudo de prévio impacto estão previstos no Estatuto das Cidades.

Portanto, não possuímos uma norma única que discipline as regras em torno de bens culturais, e temos de nos valer de dispositivos que tratam de meio ambiente e urbanismo, em circunstâncias nas quais emprestam previsão para o direito do patrimônio cultural.

¹²²² SILVA, Júlia Alexim Nunes. Tombamento e classificação de bens culturais: estudo comparado entre Brasil e Portugal. *Revista online do Instituto de Direito Brasileiro*, FDUL, ano 2, 2013, nº 6, p. 5763, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05733_05839.pdf. Acessado em: 28 jun. 2022.

Da mesma forma, em não estando sistematizadas e regulamentadas as formas de proteção, também é desatendido o princípio da graduabilidade, já que formalmente o ordenamento não adota nenhum tipo de graduação entre os diversos institutos protetivos e que se daria no caso do arrolamento, do inventário e do tombamento, no que, e em ordem crescente, esta seria a forma mais forte de proteção.

Podendo se mirar no exemplo português, o direito pátrio deveria adotar um estatuto do patrimônio cultural, contendo um conceito aberto e definição de bens culturais, tratando dos princípios do direito do patrimônio cultural, dos instrumentos diretos e indiretos de proteção e valorização de objetos culturais e com um rol completo de crimes contra o patrimônio cultural, mais extenso que o atual, dirigido a bens móveis e imóveis, e possuindo penas mais proporcionais e condizentes com a grandeza de um bem jurídico com assento constitucional.

Neste compêndio inovador o tombamento mereceria destaque, devendo ser indicado critérios para a sua adoção, a possibilidade de ser adotado nas três esferas do poder público e emitido pelos três poderes, além de ser definido o seu procedimento. Também, é importante que a norma trate dos direitos e deveres da administração e dos responsáveis pelos bens, além de prever o direito coletivo de fruição do patrimônio cultural e o direito de participação popular.

Na medida em que o tombamento é a forma mais forte de proteção é inerente que acabe por restringir certos direitos dos proprietários. Daí figura como relevante que a nova lei de alguma forma regule os encargos impostos aos proprietários e detentores sobre os bens protegidos, como garantias, compensações, imunidades tributárias e até indenização total ou parcial a depender do grau de restrição aos direitos de uso e fruição dos imóveis.

Outrossim, deve ser regulamentado o destombamento para casos excepcionais, nos quais o bem tombado tenha perdido por completo as suas características mais relevantes e que o levaram a esta especial condição, mas ainda assim destinada alguma forma menor de proteção, caso ainda contenha o mínimo de valor cultural.

Quanto a nós, portanto, não restam dúvidas sobre a necessidade de uma profunda revisão legislativa.¹²²³ Não apenas no ancião, mas positivo, corajoso e heróico, decreto-lei de tombamento, mas em todo nosso ordenamento. De modo a ser adotada uma nova norma que sistematize o direito do patrimônio cultural e os seus instrumentos, em nível civil, administrativo e penal.

Exemplo recente que confirma a nossa posição é a Lei Estadual nº 18.232, de 06 de novembro de 2022, que institui o Código do Patrimônio Cultural do Estado do Ceará, e Cria o seu Sistema Estadual do Patrimônio Cultural, o qual objetiva a promoção, a proteção e a realização da gestão integrada e participativa do patrimônio cultural no âmbito do Estado do Ceará, com a elaboração de políticas públicas, ações e atividades.

Nela, estão previstos como instrumentos de identificação do patrimônio cultural os Inventários de Conhecimento e Estudos Temáticos ou Pareceres Técnicos e Dossiês. E como instrumentos de proteção, o Inventário com Efeitos Restritivos, o Tombamento,¹²²⁴ o Registro, a Desapropriação, a Vigilância, a

¹²²³ CLARO, João Martins. Enquadramento e apreciação crítica da Lei nº 13/1985. In: *Direito do patrimônio cultural*, op. cit., p. 320-1, faz uma importante crítica à antiga lei de proteção de Portugal e que se aplica perfeitamente à realidade brasileira, considerando-se as lacunas e as defasagens legislativas. “As bases de uma lei do patrimônio cultural devem ser exatamente isto, um quadro de referência legislativa que permite o desenvolvimento de grandes opções com uma margem de conformação. A lei encontra-se claramente desajustada à evolução do direito do urbanismo, do procedimento administrativo, do atual quadro legal de proteção de interesses difusos, não conseguindo, portanto, introduzir regimes especiais quando a defesa do patrimônio cultural o reclame. Podemos agora responder à interrogação sobre a inércia legislativa que tradicionalmente afeta o direito do patrimônio cultural. A falta de vontade política existe e traduz-se, sobretudo, na impossibilidade de concretizar regimes especiais. Hoje estas lacunas constituem uma das causas de destruição do patrimônio cultural. Importa substituir, reformular o regime jurídico através de nova legislação do quadro que não espalhe os decretos-leis de desenvolvimento que poderão dar origem a um Código do Patrimônio Cultural Português.”

¹²²⁴ Art. 72. O tombamento constitui instrumento acautelatório para proteção do patrimônio cultural percebido na dimensão material e cuja preservação seja de interesse público.

§ 1.º Os bens poderão ser protegidos, nos termos deste artigo, por razões históricas, antropológicas, artísticas, arquitetônicas, arqueológicas, paleontológicas e por memória coletiva.

§ 2.º Para fins deste artigo, sujeitar-se-á o bem tombado a regime especial de proibição ou aplicação de limitações administrativas leves, moderadas ou rígidas, referentes à construção, à modificação, à destruição, à demolição, à mutilação, ao transporte, bem como limitações para construções em seu entorno, dentre outras medidas na forma da legislação.

§ 3.º O acautelamento por meio do tombamento poderá contemplar edificações e conjuntos urbanísticos, monumentos, obras de arte, acervos documentais e paisagens naturais, coleções arqueológicas e paleontológicas, dentre outros cuja preservação seja do interesse público.

§ 4.º O acautelamento por tombamento poderá ser total ou parcial, isolado ou em conjunto, e recair sobre bens móveis e imóveis, públicos ou particulares.

§ 5.º O tombamento de bens naturais, arqueológicos e paleontológicos, observará a pertinência técnica da medida e sua consonância com os instrumentos protetivos específicos.

§ 6.º O tombamento deverá atender a, pelo menos, uma das seguintes diretrizes de preservação:

Fiscalização, a Educação Patrimonial, e outros instrumentos diretos ou indiretos, estejam em normas municipais, estaduais ou federais, como, por exemplo, os Estatutos das Cidades e dos Museus, a Política Nacional do Meio Ambiente e as leis sobre monumentos arqueológicos, pré-históricos e depósitos fossilíferos.

Ainda, está prevista uma ação integrada entre Poder Público e entidades privadas, dirigidas à identificação, pesquisa, conservação, restauro, documentação, comunicação e acautelamento dos bens culturais. E no caso de infrações ao patrimônio cultural estão arroladas penalidades administrativas, sem prejuízo da imposição de medidas penais comuns da lei brasileira. Ou seja, sobre vários aspectos a adoção do código¹²²⁵ mostra-se vantajosa e promissora.

I – representar a capacidade criativa dos grupos formadores da sociedade cearense e brasileira, com expressivo nível simbólico ou expressivo grau de habilidade artística, técnica, arquitetônica ou científica;

II – representar evidente intercâmbio de ideias e valores dos grupos formadores da sociedade cearense e brasileira;

III – representar uma tradição cultural viva ou desaparecida que exemplifique grupos formadores da sociedade cearense e brasileira;

IV – representar ou ilustrar um estágio significativo de grupos formadores da sociedade;

V – representar modalidades da produção artística oriunda de um saber advindo da tradição popular da vivência do indivíduo em seu grupo social;

VI – representar modalidades da produção artística que se orientam para o registro ou representação de eventos, com expressivo valor simbólico, da história estadual integrada à nacional;

VII – representar modalidades da produção artística ou científica que se orientam para a criação de objetos, de peças e/ou construções úteis ao cearense em sua vida cotidiana;

VIII – representar aspectos sociais, históricos, comunitários e científicos.

Parágrafo único. Deverá ser evitada a realização de proteção por tombamento de bens já tombados por outro ente (União ou municípios), sem que exista motivação técnica para novo pedido.

Art. 73. A natureza do bem e o motivo do tombamento determinarão o grau da limitação administrativa de modo a não descaracterizá-lo.

§ 1.º Os bens imóveis poderão ser tombados com base nos seguintes níveis de preservação:

I – nível de preservação 1 (NP1): preservação de áreas, espaços e edificações de referência à identidade, ação ou memória coletivas, sem restrições rigorosas à manutenção integral de suas características, conforme definido no caso concreto;

II – nível de preservação 2 (NP2): preservação parcial do bem tombado, que, no caso de imóvel, deverão ser mantidas as características externas, a ambiência e a coerência com o bem vizinho classificado como NP3 e NP4, bem como prevista a possibilidade de recuperação das características arquitetônicas originais;

III – nível de preservação 3 (NP3): preservação parcial do bem tombado, que, no caso de bem imóvel, implicará a preservação de todas as características arquitetônicas externas da edificação, com a possibilidade de preservação de algumas partes internas;

IV – nível de preservação 4 (NP4): preservação integral do bem tombado, que, no caso de imóvel, implicará a preservação de todas as características arquitetônicas da edificação, externas e internas, com a possibilidade de inclusão de bens móveis a ele integrados.

§ 2.º O detalhamento da preservação será analisado na instrução do processo, com a sua previsão clara no decreto de tombamento definitivo.

§ 3.º Os bens móveis serão sempre tombados na integralidade.

¹²²⁵ Nesta linha o recente artigo de autoria de FRANCA FILHO, Marcilio Toscana; MARQUES, Cláudia Lima. Um Código de Bens Culturais para o Brasil. Jornal Folha de São Paulo, 11 dez. 2022, p. A3.

Portanto, concluímos que uma codificação é urgente para que, em espaço não longo de tempo, possamos ter no direito brasileiro um Estatuto do Patrimônio Cultural. O preço que pagamos pela nossa inércia e demora infelizmente é alto¹²²⁶ e consiste no perecimento e na dilapidação dos nossos mais importantes objetos culturais. De modo que estamos a sonegar a contemplação no presente, e a fruição às gerações futuras, daquilo que nos foi legado pelo passado com tanto esmero.

¹²²⁶ Exemplo próximo temos nos distúrbios ocorridos em Brasília em 08-01-2023, com ataque às sedes dos três poderes, causando danos e a destruição de importantes bens culturais móveis e imóveis.

CONCLUSÃO

Após a examinada pesquisa bibliográfica, inclusive, em nível de direito comparado, procuramos verificar se os diferentes mecanismos de tutela do patrimônio cultural do regime jurídico brasileiro e português são suficientes e eficazes para atender ao comando constitucional de sua promoção e proteção. Diante do que, passaremos a formular sob a forma de ementa as seguintes conclusões:

PRIMEIRA: A jornada evolutiva mostra a importância do instituto do patrimônio histórico em termos mundiais, tendo desde há muitos séculos passados recebido a atenção e a tutela por diversos sistemas de direitos. Ainda que tenha sido agraciado com um reconhecimento tardio no Brasil, a constitucionalização do tema demonstra a sua relevância.

SEGUNDA: A construção de um conceito de patrimônio cultural aponta o seu valor no sentido de fornecer indicativos para a identificação de bens culturais e a sua consequente proteção.

TERCEIRA: O patrimônio cultural é um direito ao alcance de todos e de fruição coletiva multigeracional. Para tanto, ele também deve ser protegido, o que é um dever que toca tanto ao poder público como à sociedade em geral.

QUARTA: Ainda que não expresso na Constituição, a localização do patrimônio cultural o insere como um direito social. Mas, mais do que isto, o seu significado, a sua representatividade, a relevância e a conexão com o meio ambiente fazem dele um direito com feições análogas à categoria de direitos fundamentais.

QUINTA: O estabelecimento de princípios relativos ao patrimônio cultural, em especial, se tiverem expressos em ato normativo, mostra-se como fulcral no sentido de orientar a proteção e a valorização dos bens culturais.

SEXTA: A tutela do patrimônio cultural pode ser realizada de diversas formas, seja por meio de ato administrativo, de lei, ou de decisão judicial, os quais podem emanar de qualquer uma das fontes dos três poderes, por parte de qualquer um dos entes federativos. Ainda que seja a modalidade principal e a mais conhecida, a proteção do patrimônio cultural vai além do tombamento e pode ser desempenhada por diversos institutos, conforme assegurado pela Constituição Federal.

SÉTIMA: O direito penal é um instrumento de proteção de relevantes bens jurídicos e, no caso do patrimônio cultural, a sua tutela já se encontra previamente indicada, por via de mandado constitucional expresso de criminalização. A existência de tipos penais específicos na lei dos crimes ambientais indicia em alguma medida o atendimento da cominação mandamental. Porém, ainda assim, se torna necessário que seja aferida a eficácia de tais dispositivos.

OITAVA: A proteção do patrimônio cultural pelos mais variados instrumentos deve atentar aos direitos de defesa e aos deveres de proteção. Nesta equação as colisões e a ponderação são inerentes; e em que pese aqueles sejam tocadas pelas limitações daí decorrentes (como em face do direito de propriedade), tal se encontra em acordo com a ordem constitucional (como, por exemplo, à luz do princípio da função social da propriedade), e é realizado numa forma de desempenhar o ônus de proteção do bem jurídico em questão.

NONA: O dever de tutela do patrimônio cultural está previamente indicado pela Constituição Federal. No desempenho de tal mister está autorizada a utilização de mecanismos de ordem penal. Porém, se por um lado esta forma de tutela já figura como adequada e necessária, ainda resta verificar se ela é razoável.

DÉCIMA: O exame dos únicos quatro tipos penais do nosso sistema nos indica que estes não atendem ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por estarem aquém do mínimo necessário para a proteção do bem jurídico e por não fazer jus ao seu grau de importância, sendo o objeto em questão de gabarito constitucional.

DÉCIMA PRIMEIRA: Além da *proibição do excesso*, o princípio da proporcionalidade também possui por feição a *vedação da tutela deficiente*. A análise da proteção fornecida para o patrimônio cultural, em especial, em termos penais, revela que estamos diante de uma situação de insuficiência. Tal conclusão é realizada a partir do âmbito de abrangência e das sanções estabelecidas de tais crimes, bem como do cotejo destes frente a uma maior tutela que o nosso ordenamento oferece em relação aos crimes patrimoniais, acrescido de uma verificação comparativa do âmbito protetivo fornecido pelos ordenamentos europeus no tocante ao patrimônio cultural.

DÉCIMA SEGUNDA: O sistema de proteção do patrimônio cultural de Portugal possui uma conformação completa. Primeiramente, ela é desempenhada por previsões expressas na Constituição, junto aos seus princípios fundamentais na categoria de direitos e deveres culturais.

DÉCIMA TERCEIRA: O ordenamento português possui lei específica que trata da política e do regime de proteção e valorização do seu patrimônio cultural, além de normas acessórias dirigidas para tal categoria. Este compêndio abarca um conceito próprio e prevê de forma expressa e implícita princípios do patrimônio cultural, como também instrumentos civis e administrativos diretos e reflexos para a realização da sua tutela.

DÉCIMA QUARTA: A proteção penal do patrimônio cultural em Portugal é realizada preambularmente pelo seu Código Penal. A forma inicial de tutela é desempenhada dentre as previsões dos crimes contra o patrimônio, além de possuírem outros dispositivos nesta codificação. Outrossim, estão previstas três figuras penais próprias na sua lei de proteção, a qual também contém contraordenações.

DÉCIMA QUINTA: São múltiplas as virtudes do sistema português em relação ao brasileiro. Dentre elas destacamos a forma de organização da dimensão constitucional e a previsão em lei específica com perfeita roupagem de estatuto

protetivo. Da mesma forma, por conta com uma rede de abrangência desempenhada por diversas disciplinas jurídicas, na qual a tutela penal também assume o seu grau de importância.

DÉCIMA SEXTA: Os estudos aqui apresentados dos diferentes ordenamentos europeus e, em especial, o de Portugal, demonstram que, nos mais variados termos, o Brasil ainda se encontra atrasado e defasado na defesa do seu patrimônio cultural. Embora tenha garantido assento constitucional, o legislador ordinário não logrou desincumbir-se do seu ônus, no sentido de assegurar a plena realização do bem jurídico, na forma originária concebida pelo constituinte.

DÉCIMA SÉTIMA: O primeiro passo para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro percorre necessariamente um itinerário que compreende a atualização e a sistematização das suas normas em compêndio único, a exemplo do que já temos com o código do direito do consumidor, estatuto das cidades, e das leis dos crimes ambientais e da política nacional do meio ambiente.

DÉCIMA OITAVA: Esta nova norma seria o “Estatuto do Patrimônio Cultural”, a qual traria as diretrizes para a sua preservação e valorização, abarcando um conceito amplo e aberto, contendo princípios gerais, formas de proteção e as mais completas e atuais diretrizes em termos de direito civil e administrativo.

DÉCIMA NONA: A proteção penal também deve ser revista e ampliada. Primeiramente mirando o patrimônio cultural móvel, como as obras de arte, e instituindo tipos que formulem uma tutela para inibir e reprimir condutas como furto, roubo, receptação, dano, estelionato, falsificação, contrabando e tráfico internacional.

VIGÉSIMA: A tutela penal dos bens culturais imóveis também deve ser revista e aperfeiçoada. É inadmissível que condutas como a destruição e o perdimento eterno de uma edificação protegida sejam sancionadas com penas tão tímidas e cuja solução processual possa simplesmente ser objeto de uma *barganha*

jurídica. Para tanto, os novos patamares sancionatórios podem ter como parâmetros os mesmos indicadores cominados para os crimes patrimoniais, mas jamais inferiores a estes, principalmente tendo em conta o valor coletivo do patrimônio cultural, a sua categoria constitucional e a irrepetibilidade em caso de perecimento.

VIGÉSIMA PRIMEIRA: A reforma jurídica do sistema de patrimônio cultural, a instituição de uma codificação única e moderna e a combinação de instrumentos de direito civil, administrativo e penal, fariam com que fossem atendidos os objetivos e as cominações constitucionais que gravaram este como um bem jurídico de singular importância. A partir da realização de tais preceitos chegaríamos a uma tutela proporcional e eficiente, o que de rigor e mérito requerem os bens culturais, bem como a exemplo da verificada na Europa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. *El régimen jurídico del patrimonio cultural*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 15, 17 e 69.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários ao Código Penal*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2021.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código penal*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2015.
- ALCALE SÁNCHEZ, Maria. *Delitos urbanísticos*. Barcelona: CEDECS, 1997.
- ALEGRE, Carlos. Crimes contra o património. Nota ao código penal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Minerva, 1998.
- ALENCAR, Mário Soares de. Hermenêutica constitucional e justiça instantânea: sobre a insuficiência da ponderação no processo de concretização das normas definidoras dos direitos fundamentais. In: *Estudos jurídicos: interfaces entre constitucionalismo e direitos humanos*, ALENCAR, Mário Soares de; COSTA, Jardel de Carvalho (Org.), Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.
- ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. In: *Direito da cultura e do património cultural*, GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Org.), Lisboa: AAFDL, 2011.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *O conceito de bem cultural*. Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/565-466.pdf>. Acessado em 08 ago. 2020.
- ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 268-73, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário, Trad. Luís Afonso Heck, *Revista dos Tribunais*, SP, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. 2000.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, p. 63-6, jul.-set. 1999.
- ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. *I beni culturali e ambientali*: Milão: Giuffrè, 1985.
- Almeida Neves (Org.). *O Brasil republicano: O tempo do nacional-estatismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- ALMEIDA, Luiz Antônio de Freitas. O controle jurídico da omissão estatal pela norma da proporcionalidade. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, v. 26, nº 2, p. 1-16, abr.-jun. 2021.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Estudos Políticos Belo Horizonte*, n. 98, p. 80-2, jul.-dez. 2008.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentario sistematico a la constitución española de 1978*. Madrid: Del Foro, 1978.
- AMARAL JR., José Levi Mello. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*. São Paulo: RT, 2004.
- AMARAL, Diogo Freitas. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994.
- AMBOS, Kai. *Direito Penal. Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e Outros Aspectos*, Porto Alegre: SAFE, 2006.
- AMBOS, Kai. Dogmática Jurídico-Penal y Concepto Universal de Hecho Punible, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, nº 74, p. 88-9, set./out. 2008.
- AMELUNG, Knut. *El concepto de 'bien jurídico' em la teoría penal de la protección de bienes jurídicos*. La teoría del bien jurídico. HEFENDEHL, Roland (Org.), Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 238, tradução livre do autor.
- ANDRADE, Filipe Augusto Vieira. *O património cultural e os deveres de proteção e preservação*. Temas de Direito Urbanístico 3, São Paulo: Ministério Público e Imprensa Oficial, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, José Carlos viera. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 172-3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999.

ANDRADE, Vieira J. C. O direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas. Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002. In: *Jurisprudência Constitucional*, vol. I, 2004.

ANTUNES, Luis Felipe Colasso. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo - para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

ANTUNES, Luis Felipe Colasso. *Direito público do ambiente, diagnose e prognose da tutelaprocessual da paisagem*. Coimbra: Almedina, 2008.

ANTUNES, Luis Felipe Colasso. *Direito urbanístico - um outro paradigma: a planificação modesto-situacional*. Coimbra: Almedina, 2002.

ANTUNES, Maria João. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 91, nº 800, p. 76-7, junho 2002.

ARAÚJO, Fernanda. O actual regime jurídico da protecção e salvaguarda do património arquitetónico português. Património/Território – interacções. *Revista jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 18/19, dez. 2002-jun. 2003, Almedina.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

ÁVILA, Elna Leite; ALMEIDA, Ione Monteiro. O Estudo do Impacto Ambiental. Licenciamento. Responsabilidade Criminal, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 27.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileiro. In: *Dano ambiental na sociedade de risco*, LEITE, José Rubens Morato (Coordenador). São Paulo: Saraiva, 2012.

AYALA, Patrick Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

AYALA, Patrick de Araújo. A dupla face da responsabilidade civil ambiental: o lugar da prevenção e da precaução em um direito de riscos. In: *Ação civil pública após 30 anos*, MILARÉ, Edis (Org.), São Paulo: RT, 2015.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARREIROS, José António. *Crimes contra o património*. Lisboa: Universidade Lusíadas, 1996.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepcion. *La Ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Madrid: Civitas, 1990.

BARRETO, Tobias, “Fundamentos do Direito de Punir”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 727, p. 640-50, maio 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidadedas leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, nº 23, p. 65-78, abr.- jun.1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetivação das suas normas*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATTIS, Ulrich; GUSY, Cristoph, 1999, p. 236, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. Estudos de direito constitucional, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento Europeu Moderno*. Vol. 1, séculos XVII e XVIII, Lisboa: Edições70, 1977.

- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.
- BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa. *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1998.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- BENJAMIN, Antônio Hermann. Os Princípios do Estudo do Impacto Ambiental como Limites da Discricionariedade Administrativa, *Revista do Ministério Público RS*, Porto Alegre, nº 27, p. 61, 1992.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 2ª ed., CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.), São Paulo: Saraiva, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Ambiental*. São Paulo, nº 48, p. 5-52, jan.-mar. 1998.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Função Ambiental. In: *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.), São Paulo: RT, 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*, KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.), São Paulo: Malheiros, 2005. p. 386;
- BERNAL PULIDO, Carlos. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In *A constitucionalização do direito*, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BETTIOL, Giuseppe, *Instituição de Direito e de Processo Penal*. Trad.: Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974. p. 79.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La exarcelación tenía un precio: el tribunal enmienda la plana al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 20, nº 58, ene./abr. 2000.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público e lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: 2008. p. 7.
- BOCCHIERI, Franco. *Restaure, conservazione, tutela dei beni culturali*. Udini: Aviani, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v.3, abr.-jun. 2008.
- BORGES, Marco Antônio. O Tombamento como Instrumento Jurídico para a Proteção do Patrimônio Cultural, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2001, nº 22.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado político constitucional do direito penal. In *Direito penal contemporâneo. estudos em homenagem ao prof. José Cerezo Mir*, PRADO, Luiz Regis (Org.), São Paulo, RT, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRAVO, Jorge dos Reis. A protecção penal do património cultural. *Revista Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Braga (Portugal), Tomo XLVI, nº 268/270, jul.-dez. 1997.
- BRAVO, Jorge dos Reis. *A tutela penal dos interesses difusos. A relevância criminal na protecção do ambiente, do consumo e do património cultural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- BRAVO, Jorge Manuel Almeida dos Reis. *Protecção do património cultural, etnográfico, histórico e arqueológico*. BRAGA: ASPA, 1996.
- BRITO, Felipe Pires M. Princípio da vedação ao retrocesso (socio) ambiental no sistema jurídico brasileiro: uma visão prospectiva e limitadora do ponto de não retorno. In: *Direito ambiental e cidades*, MADRUGA FILHO, Vital José Pessoa; MOURA, Giovanna de Britto Lyra (Org.), Editado por: Talden Farias Fernando Joaquim Ferreira e Maia Álvaro Sánchez Bravo, Punto Rojo Libros, Espanhã, 2021.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAFFERATTA, Néstor. Princípio precautório en el derecho ambiental argentino e brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, nº 5, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

CAFFERATTA, Néstor. El principio de prevención en el derecho ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la constitución europea. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo I, Org. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMPOS, Bernardo; ALVES, Maria Luísa Ramalho. Instrumentos de apoio à gestão do património. *Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na constituição: arqueologia e aplicações. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. 2, MIRANDA, Jorge (Org.), Coimbra: Coimbra, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 4ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O estado adjetivo e a teoria da constituição. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 5, p. 139-54, jan./jun. 2005.

CANOTILHO, Gomes José J; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional de conflitos e proteção de direitos fundamentais. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 125, nº 3815 a nº 3823, 1992-3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. Bens culturais, propriedade privada liberdade religiosa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, nº 63, jul.-set. 1995.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições de Direito Penal. O Delito*, Campinas: PÉritas, 2002.

CARVALHO, Afrânio de. O Tombamento de Imóveis e o Registro, *Revista dos Tribunais*, v. 80, nº 672, p. 63-4, out. 1991.

CARVALHO, Ana Luisa Soares de; PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano Diretor e Proteção do Patrimônio Cultural. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *9º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005, v. 1.

CASINI, Lorenzo. La valorizzazione dei beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 2001.

CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a luz de la teoría general de los derechos humanos*, León: Universidad de León, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

CASTRO, Vitória Izabel Silva. *A classificação e o tombamento dos bens do património cultural numa perspectiva luso-brasileira*. Estudos de direito administrativo dos bens, MIRANDA, João (Org.), Lisboa: AAFDL, 2015. p. 397.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do património*. 4ª ed., São Paulo: Unesp, 2006.

CHOY, Françoise. *Dictionnaire de l'urbanisme et l'aménagement*. Quito, Presses Universitaires de France, 1998.

CIBILIS, Patrícia Maldaner. Direitos de Defesa, deveres de proteção ponderação constitucional e proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 85, p. 133-52, jan.-jun. 2019.

CLARO, João Martins; ALEMEIDA, Marta Tavares de (Org.), Oreias: Instituto Nacional de Administração, 1996.

COIMBRA, Mário; BUGALHO, R. Nélson; SOUZA, Gilson Sidney Amancio. Alguns Aspectos sobre a Tutela Penal da Ordenação do Território. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 315.

Comissão Sérvulo Correia, Relatório Intercalar da Comissão Encarregada de Apresentar uma Proposta de Lei de Bases do Património Cultural, Ministério da Cultura, Lisboa, 1998.

CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Almedia, 2001.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Delitos Ecológicos. São Paulo, Atlas, 2001.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle da constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: SAFE, 2009.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito do património cultural*. Oeiras: AAVV, 1996.

CORREIA, Fernando Alves. Propriedade de bens culturais – restrições de utilidade pública, expropriação e servidões administrativas. In: *Direito do património cultural*, MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares de (Org.), Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996. CORREIA, Sérvulo. Direitos fundamentais, Sumários. Lisboa: AAFDL, 2002.

COSTA, José de Faria. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra ed., 1999.

COSTA, Rodrigo Vieira. Cultura e patrimônio cultural na Constituição da República de 1988 – a autonomia dos direitos fundamentais. *Revista CPC*, São Paulo, nº 6, mai.-out. 2008.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural – Alguns Aspectos, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, ano II, n. 9, p. 161-84, out./dez. 2003.

COSTA NETO, et. al. Crimes e Infrações Administrativas e Ambientais. Comentários à Lei nº 9.605/98. 2. ed. Brasília: Jurídica, 2001.

CRETELA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. *Revista de Direito Administrativo*, nº 112, abr.-jun. 1973.

CRISTÓVAM, José Silva. *Colisões entre princípios constitucionais. razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, Conceição Ferreira da. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo II, DIAS, Jorge de Figueiredo (Org), Coimbra: Coimbra, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Patrimônio cultural e direito: alguns desafios contemporâneos. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, GONÇALVES, Luís Couto et al. (Org.), Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional anotado*. Lisboa: Quid Juris?, 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos fundamentais. Fundamentos e direitos Sociais*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Humberto. *Teoria dos direitos culturais. Fundamentos e finalidades*. 2ª ed., São Paulo: SESC Edições, 2020.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, nº 6, p. 18-9, abr.-jun. 1997.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da constituição federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, vol. 6., abr.-jun. 1997.

CUSTÓDIO, Luiz Antônio Bolcato. Patrimônio edificado: conservação e ética. *Revista Ciências e Letras*, Porto Alegre, n. 27, p. 177-188, jan.-jun. 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. “Tombamento”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, nº 86, p. 37, abr./jun. 1988.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a Teoria do Crime como Ofensa a Bens Jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direitopenal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 80, set.-out. 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. Barueri: Manole, 2004.

DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da Função Social, *Revistade Direito Ambiental*. São Paulo: RT, nº 27.

DEMURO, Gian Paolo. La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: Per un sistema progressivo ditutela. *Revista Sistema Penale* 2/2022, p. 7. Disponível em: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1643755388_demuro-2022a-riforma-reati-patrimonio- culturale-ddl-ac-893-b.pdf. Acessado em: 02 abr. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Augusto Silva. 'Delicta in se' e 'delicta mere prohibita': uma análise da descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstituição de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2007. p. 119-21.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Pedro. Duas breves reflexões sobre a política de salvaguarda do património. *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994.

DÍEZ PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, tomo II. Madrid: Tecnos, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais, São Paulo: *Revistados Tribunais*, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In *Jurisdição eDireitos Fundamentais*, 2006.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, p. 173-4, nº 4, 1994.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Código penal commentato parte speciale*, Roma: Ipsoa, 1999.

DOTTI, René Ariel. O patrimônio natural de um milhão de anos. In: **Ação civil pública após 30 anos**, MILARÉ, Édis (Org.), São Paulo: RT, 2015.

DOTTI, René Ariel. *Código Penal. Atualização, Notas e Índices*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. Tradução Eduardo Salgueiro, Porto Alegre: SAFE, 2005. p.19.

DURO, João Pedro Canelhas. O dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, relatório final da disciplina de direitos fundamentais, regência do Prof. Dr. José de Melo Alexandrino, 2008.

DURO, Canelhas João. O direito legal de preferência sobre bens culturais. *Revista do Ministério Público de Portugal*, ano 31, jul-set. 2010, nº 123. p. 131.

DURO, João Canelhas. A expropriação dos bens culturais. *Revista Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo LXI, nº 330, set-dez 2012. p. 496.

DURO, João Canelhas. O procedimento de classificação dos bens culturais privados. *Revista O Direito*, ano 146, 2014, II, p. 342.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIZABETH, Grace. Sociedade e Patrimônio Cultural. In: *Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural*, vol. 1, 202, Goiânia, Instituto Centro-Brasileiro de Cultura. p. 50.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário e o mundo contemporâneo. In *Constituição, Jurisdição eProcesso*, Org.: MOLINARO, Carlos Alberto et al., Porto Alegre: Notadez, 2007.

FACH GÓMEZ, Katia. Algunas Consideraciones en Torno al Convenio de Unidroit sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente. In: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004.

FARIA, José Santiago. Salvaguarda do património edificado – perspectivas de futuro. In: *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 208; LOPEZ, Luiz Roberto. *República*. São Paulo: Contexto, 1997.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. realidades e perspectivas. In *A Constitucionalização*, 2007.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, “Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal”, 2ª ed., Trad.: Juarez Tavares et al., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*, 1986.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela Penal do Patrimônio Cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Ian; FERREIRA, Adriano; ROSÁRIO, Ana Luíza do. Normas internacionais de preservação do patrimônio histórico e cultural (1931 – 2003), *Rev. Ibero-americana de Patrimônio Histórico-Educativo*, Campinas (SP), v. 6, p. 1-28, 2020.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime*. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FINK, Roberto Daniel. *Meio Ambiente Cultural: Regime Jurídico da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio cultural em face do direito ambiental constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99. Ver MIRANDA, 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Abelha Marcelo. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a proteção do patrimônio cultural no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 78, p. 9-14, set./dez. 2015.

FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Ano 10, nº 18, p. 201-233, 2010.

FLACH, Michael Schneider. Patrimônio Cultural, Proteção e Meio Ambiente, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 4, n. 12, p. 219-252, set./dez. 2015.

FLACH, Michael Schneider. A Relação entre Bem Jurídico-Penal e Constituição, *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 45-63, jan./jun. 2010.

FLACH, Michael Schneider. A intervenção estatal no direito de propriedade e a salvaguarda dos bens culturais. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, ano V, nº 18, jun. 2018. p. 138.

FLACH, Michael Schneider. A relação entre os direitos fundamentais e os coletivos. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 83, mai.-mar. 2018. p. 109-10.

FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a Intervenção Penal Mínima, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 72, mai.-ago. 2012. p. 23-31.

FLACH, Michael Schneider. A estreita vinculação entre direito penal e constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Ano 10, nº 18, p. 201-233, 2010.

FLACH, Michael Schneider. Crime e dano contra o patrimônio cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 85, ago.-set. 2019. p. 88-92.

FLACH, Michael Schneider Flach. *A Consistência do Patrimônio Cultural, Conceito e Constitucionalização*. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, ano XVII, nº 100, Fev-Mar 2022. p. 156-185.

FLACH, Michael Schneider. As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente, 261 f., Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Orientador: Professor Dr. Fábio Roberto D’Ávila, Porto Alegre, 2009.

FLORES FILHOS, Edgar Gastón Jacobs. Direito e cultura: um novo regime jurídico para os bens culturais imóveis em centros históricos. In: *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*, DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Org.), Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FONTAL MERILLAS, Olaia. El patrimonio cultural para el futuro: in paso por la postmodernidad. In: *Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*, GARCÍA OTERO, Juan Maria (Org.), Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2011.

FRANCA FILHO, Marcilio Toscana; MARQUES, Cláudia Lima. Um Código de Bens Culturais para o Brasil. *Jornal Folha de São Paulo*, 11 dez. 2022, p. A3.

FREITAS, José Carlos de. Proteção jurídica do meio ambiente urbano. In: *Leituras complementares de direito ambiental*, MARQUES, Claudia Lima (Org.), Salvador: Podium, 2008.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. O estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo I, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Julgamentos Históricos do Direito Ambiental*. Campinas: Millennium, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões Sobre a Proteção Penal do Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 88-113, jan./jun. 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2000.

FRIDEL, Henri, *apud* CAPPELLI, Sílvia. Estudo do Impacto Ambiental na Realidade Brasileira, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 27, p. 51-2, 1992.

FRIGO, Manlio. The Impact of the UNIDROIT convention on international case law and practice: an appraisal. In: *Uniform Law Review*, 2015.

GALVÃO JUNIOR, José Leme. A preservação do patrimônio cultural como direito à memória. In: *Patrimônio Cultural Brasileiro. Poder Judiciário, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, 2022.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. La función del derecho em la protección de los bienes culturales. In: *Constitución y cultura. Retos del derecho constitucional en el siglo 21*, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo; PERÉZ SOLA, Nicolás (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. La protección del patrimonio cultural. Problemas de técnica legislativa que se suscitan en la legislación estatal y autonómica. In: *Estudios en homenaje al Professor Martín Valls*, Alicante: Universidad de Alicante, 2000, vol. I.

GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *Código penal parte geral e especial com notas e comentários*, Lisboa: Instituto para a Qualidade e Formação, 2006.

GARCIA-PABLOS, Antônio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 1995.

GARCÍA RENART, p. 153-5. ALONSO IBÁÑEZ, Maria Rosario. El patrimonio. Destino público y valor cultural, Civitas: Madrid, 1992.

GARCÍA RENART, Felipe. *El delito de daños al patrimonio cultural español*. Granada: Comares, 2002.

GARRIDO FALLA, Fernando, et al. *Comentarios a la constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva no século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: *A ação civil pública após 25 anos*, MILARÉ, Édis (Org.), São Paulo: RT, 2010.

GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976.

GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa Dell'ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale*, Milano: Giuffrè, 1971.

GIANNINI, Massimo Severo. *Uomini, leggi e beni culturali*, Milano: Giuffrè, 1971.

GOFF Jaques Le. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão et al., Campinas: Unicamp, 1990.

GOMES, Carla Amado. O patrimônio cultural na constituição. In: *Textos dispersos de Direito do Patrimônio Cultural e do Urbanismo*, Lisboa: AAFDL, 2008.

GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do património cultural e de direito do urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvia, *Leis de Crimes Ambientais, Comentários à Lei nº 9.605/1998*, São Paulo: Método, 2ª ed., 2015, p. 261.

GOMES, Luiz Flávio. Proteção penal do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, nº 673, nov. 1991.

GOMES, Luís Roberto. O Princípio da Função Social da Propriedade e a Exigência Constitucional de Proteção Ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 17, p. 177, 1999.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Nunes Sá. Os incentivos fiscais na tributação do património cultural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano III, 2006.

GOMES, Orlando. *A função social da propriedade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, nº 2, p. 426, 1989.

GONÇALVES, M. Maia. *Código penal português anotado e comentado*. Coimbra: Almedida, 2015.

GONZÁLES RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Número 1, p. 40-1, disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1995-10003300056. Acessado em: 05 fev. 2021.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GONZÁLEZ-VARAS, Ignácio. *Patrimonio cultural conceptos, debates y problemas*. Madrid: Cátedra, 2ª ed., 2018.

GONZÁLES-VARAS, Ignacio. Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios enmarcos. Madrid: Catedras, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

GUERRA FILHO, Willis. Princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. In *Interpretação Constitucional*, SILVA, Virgílio Afonso da (Org.), São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios constitucionais da perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In: *Temas da Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, PAMPLONA FILHO, Rodolfo e CUNHA JÚNIOR, Dirley (Org.), Salvador: Podium, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. 1, MIRANDA, Jorge (Org.), Coimbra: Coimbra, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, 2ª ed., LEITE, George Salomão (Org.), São Paulo: Método, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos das obrigações e direitos fundamentais. Sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 537, jan.-jun. 2003.

GUIASASOLA LERNA, Cristina. La tutela penal del patrimonio cultural en el derecho italiano y su perspectiva de reforma. In: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, GUIASASOLA LERNA, Cristina (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GUIMARAES, Nathália Arruda. A proteção do património cultural arquitectónico no contexto da ordem urbanística do Brasil e de Portugal. Breves comentários. *Revista Lusíada Direito*, Porto, nº 1 e 2, p. 386.

GULARTE, Caroline de Melo Lima. Tutela Penal Preventiva do Meio Ambiente e a Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 78, p. 57-80, set./dez. 2015.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva. Patrimônio cultural e direitos fundamentais: os desafios para uma ordenação constitucional da cultural. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 9, nº 17, jul.-dez. 2017. p. 364 e 368-70.

HÄBERLE, Peter. *Teoria de la constitución con ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2006. HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 54, sep.-dic. 1998.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*, Porto Alegre: SAFE, 2008.

HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo, traducción Carlos Ruiz Miguel, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 54, sep.-dic. 1998. p. 15.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*. Conferência internacional sobre a constituição portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

HANDL, Günter. Declaración de la conferencia de las naciones unidas sobre El medio humano (declaración de estocolmo), de 1972, y declaración de río sobre el medio ambiente y el desarrollo, de

1992. In: *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_s.pdf. Acesso em 24 set. 2020

HARADA, Kiyoshi. *Direito Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor Estratégico*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2005.

HARVEY, Edwin R. *Panorama de la Política del Patrimonio Cultural en Iberoamerica*. In Congresso Iberoamericano del Patrimonio Cultural. Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2001.

HASSEMER, Winfried. A Preservação do Ambiente pelo Direito Penal. Tradução Carlos Eduardo Vanconcelos, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 6, nº 12, p. 213-28, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, Trad.: Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005, Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

HECK, Luís Afonso, Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 116-7, 1999.

HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HERNÁNDEZ NUÑEZ, Juan Carlos. *Los instrumentos de protección del patrimonio histórico español. Sociedad y bienes culturales*. Jerez de la Frontera: Andalucía Grupo Publicaciones del Sur, 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha*, Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, SAFE: 1991.

HOYOS, Arturo. *La interpretación constitucional*, Bogotá: Temis, 1998.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?,". In *Direito Penal e Funcionalismo*, Coordenação e Tradução Nereu José Giacomolli et al., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARAMILLO URIBE, Germán. Nuevos desafíos entre el discurso oficial y local del patrimonio cultural inmueble. *Revista Territorios* 44 / Bogotá, 2021, p. 1-21. Disponível em: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=8bc2a033-8779-4298-96db-3d4b4837fb39%40redis>. Acessado em 08 maio 2022.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v.1, Tradução e adição do direito espanhol: Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão dos poderes", Trad. Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlimm, *Revista de Direito Público*, v. 22, nº 92, p. 17-33, out.-dez.1989.

LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In *La Teoría del Bien Jurídico*, p. 130-1 e 136 (2007).

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. A proteção dos bens comuns enquanto problema jurídico e político. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 68, jan.-abr. 2011.

LECEY, Eládio, *Crimes Contra o Patrimônio Cultural e o Ordenamento Territorial e Urbano na Lei nº 9.605/98*. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 47, 2007.

LEHMEN, Alessandra. Governança Ambiental Global e Direito. Juruá: Curitiba, 2015.

LEITE, Glauco Salomão. *A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais*. In LEITE, George Salomão (Org.), *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A fruição dos bens culturais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

LEITÃO, Mateus Homem. *Do direito lusitano dividido em três tratados*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEMOS, Carlos A. C. *O que é patrimônio histórico*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. LEUZINGER, Márcia Diegues; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LIMA, Vinicius de Melo. O direito fundamental à cidade sustentável e a atuação do ministério público: estudo de caso. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 68, jan.-abr. 2011.

LINS, Jair. Proteção do patrimônio artístico estadual e federal: esboço de anteprojeto de lei federal e sua fundamentação. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 51, jul.-dez., 1998.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tomo I. tradução José H. D. Pereira, Campinas: Russell, 2003.

LOMBARDI, Eduardo Augusto. *Direito coletivo urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LOPERA MESA. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LOPES, Flávio. *Zonas de proteção ao patrimônio arquitetônico: para que servem*. Casal de Cambra, 2013.

LOPES, Flávio; CORREIA, Miguel Brito. *Patrimônio cultural critérios e normas internacionais de proteção*. Lisboa: Caleidoscopio, 2014.

LÓPEZ BRAVO, Carlos. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999.

LÓPEZ BRAVO, Carlos. *El derecho al patrimonio cultural*. Tese de Doutorado, Orientador Antonio-Enrique Perez Luño, Universidad de Sevilla, 1999.

LUGOS Y GUILLÉN, Félix Benítez. *El patrimonio cultural español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*. Granada: Comares, 1988.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general*, vol. 1 Madrid: Universitas, 1996.

LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

MACHADO, João Batista, 1983, p. 59, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento. Instrumento de Proteção do Patrimônio Natural e Cultural, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, nº 563, p. 36-9, set. 1982.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAGALHÃES, Maria Luisa Faro. Função social da propriedade e meio-ambiente – princípios reciclados. In: *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, BENJAMIN, Antônio Herman V. (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997.

MANES, Vittorio. *La tutela penale*. In: *Il diritto dei beni culturali*. BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo (Org.), Bologna: Il Mulino, 2003.

MANTILLA, César Uzcátegui. El patrimonio cultural bajo la luz de la globalización y el multiculturalismo. In: *I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*. GARCÍA OTERO, Juan María (Coord.), Madrid, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCHESAN, Ana M. A Importância da Preservação do Patrimônio Cultural na Pós-modernidade. In: FREITAS, Vladimir Passos (Org.) *et al. Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O entorno dos bens tombados na legislação brasileira. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 35, p. 73-98, abr.-maio 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Alguns Aspectos sobre a Lei dos Crimes Ambientais, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 42, p. 227, 2000.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O inventário de bens imóveis como instrumento de proteção do patrimônio cultural urbano no Brasil. *Revista Magister de Direito Urbanístico*, nº 83, p. 67-88, abr.-maio 2019.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, nº 20, p. 111-120, out.-dez. 2000.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; OLIVEIRA, Giselle Ribeiro de; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; FLACH, Michael Schneider; CUREAU, Sandra. Comentários sobre o projeto de lei nº 2396-

2020: alterações injustificáveis no instituto do tombamento. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 89, jan.-jun. 2021.

MARCHESAN, Ana Maria Marchesan. O estatuto da cidade (lei 10.257/2001) e a proteção do patrimônio cultural urbano, *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 12, nº 48, p. 46-65, out. 2007. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Responsabilidade Civil pelos Danos ao Meio Ambiente Cultural no Direito Brasileiro. In: *Dano ambiental na sociedade de risco* FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Marchesan. Proteção do patrimônio cultural urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte, ano 23, n. 85, p. 43-64, jul./set. 2022.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Mídia exterior e a publicidade abusiva: o respeito à paisagem urbana e ao patrimônio cultural. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 61, p. 106-26, ago-set. 2015.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, vol. 1.

MARTÍNEZ, María Cristina Garros. Desarrollo sostenible y sustentable. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, nº 71, jul.-set. 2022.

MARTINI, Goastone. Disciplina urbanística e tutela del patrimonio storico artistico e paesistico, Milano: Giuffrè, 1970; SCIULLO, Girolamo. I beni. In: *Il diritto dei beni culturali*. BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo, Bologna: Il Mulino, 2003.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. *O crime de dano e o patrimônio cultural*. Lisboa: Petrony, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas pública. In: *Ação civil pública após 25 anos*, MILARÉ, Édís (Org.), São Paulo: RT, 2010.

MASSARO, Antonella. Diritto penale e beni culturali: aporie e prospettive. In: *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, p. 179-191. Disponível em: <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/02/Patrimonio-culturale-profili-giuridici-e-tecniche-di-tutela.pdf>. Acessado em: 23 jun. 2021.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

MATEUS, Douglas Predo; COROMINAS, Vivian Valverde. A proteção do patrimônio histórico edificado como garantia da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento sustentável. *Revista do Direito de Língua Portuguesa*. Lisboa, ano V, nº 9, jan.-jun. 2017.

MATOS, Frederico Nunes de. A tutela do meio ambiente cultural no Estatuto da Cidade, *Revista RJLB*, Ano 1, 2015, nº 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 32 ed., Salvador: Juspodivm, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. In: O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico, São Paulo: RT, 2010.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e Indenização, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, nº 600, p. 15, out. 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, s. d..

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, nº 27, p. 35-6, abr./jun. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Paulo de Souza. *A tutela penal do patrimônio cultural*. In: Direito da cultura e do patrimônio cultural, MESNARD, André-Hubert. *Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: Direito do patrimônio cultural, MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Taves, (Org.), Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIR PUIG, Santiago, *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª ed., Montevideo e Buenos Aires: B de f, op. cit., 2002, p. 123-4.

MIRANDA, Jorge. O património cultural na constituição portuguesa. In: Novos Estudos de Direito do Património Cultural, tomo II, RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins, Vila Franca de Xira: Petrony, 2019.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Anotação ao art. 18. In *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, 2ª ed., MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Org), Coimbra: Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 66, out.-dez. 2017.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, número, 18, sep.-dec. 1986.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra ed., 2014.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais, 4ª ed. Coimbra:Coimbra ed., 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, Volume I, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo. 6. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Inventário é instrumento constitucional de proteção de bens culturais. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 80, p. 88-96, out.-nov. 2018.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio cultural: um aspecto negligenciado nos estudos de impacto ambiental. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 24, p. 63-68, jun./jul. 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Crimes Ambientais, Comentários à Lei 9.605/98*. Marchesan, Ana Maria Moreira; Steigleder, Annelise Monteiro (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Evolução histórica da legislação protetiva do patrimônio cultural no Brasil. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 17, nº 198, ago. 2017.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Introdução ao patrimônio cultural, Belo Horizonte: Editora 3i Ltda., 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei de Tombamento Comentada. Doutrina, Jurisprudência e Normas Complementares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Introdução ao direito do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: 3i editora, 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 54, abr.-jun. 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Fundamentos e institutos jurídicos para a salvaguarda dos valores divisores e muros de pedra históricos. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 87, dez.-jan. 2020.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Acesso Participativo à Justiça em Matéria Ambiental e o Princípio da Proibição do Retrocesso. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 94, abr.-jun. 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais de direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 2, abr.-jun. 1996.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

MONTERROSO MONTERO, Juan M. *Protección y Conservación del Patrimonio. Principios teóricos*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Isaltino; ALMEIDA, José Mario F. de; PINTO, Ricardo L. Leite. *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*. Lisboa: Rei dos Livros, 1983.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad.: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988.

MUSSO, Enrico Spagna. *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*. Napoli: Morano, 1961. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

NABAIS, José Casalta. *Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural em Portugal*, Revista de Direito da Cidade, vol. 2, nº 01, p. 1-19. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11285>. Acessado em 02 mai. 2022.

NABAIS, José Casalta. Ideias sobre o quadro jurídico do património cultural. In: *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994.

NABAIS, José Casalta. Estudos de direito do património cultural. Coimbra: Almedina, 2022.

NABAIS, José Casalta. Legislação do património arqueológico e sua evolução. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, 2010-11.

NABAIS, José Casalta, A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, Casalta. *Introdução ao direito do património cultural*. Coimbra: Almedina, 2010.

NADAIS, António; VITORINO, António; CANAS, Vitalino. *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa: AAFDL, 1983.

NEUNER, Jörg, NEUNER, Jörg. O código civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2006.

NOGUEIRA, J. Duarte. O património cultural. Evolução e perspectivas de proteção. In: *Novos Estudos de Direito do Património Cultural*, Tomo II, RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins, Petroni, 2019.

NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. volume 5, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1958.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: *A constitucionalização do direito*, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Comentadas*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança. *Revista da Ajuris*, ano 35, nº 109, p. 57-71, março 2008.

OLIVEIRA, Celso Maran de; ESPÍNDOLA, Isabela Battistello. Harmonização das normas jurídicas ambientais nos países do mercosul. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/9KtFNSt45kHvJJ3cXSk5Tbt/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em 29 mar. 2022.

OLIVEIRA, Fábio André Uema. Solução consensual de conflitos na tutela do patrimônio cultural: o compromisso de ajustamento de condutas e a restauração de bens tombados. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 91, jan.-jun.2022.

OLIVEIRA, Fábio André Uema. Compromisso de ajustamento de conduta: previsão legal e tomadores legitimados. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50050/compromisso-de-ajustamento-de-conduta- previsao-legal-e-tomadores-legitimados>. Acesso em 05 set. 2022.

OROSCO PARDO, Guillermo; PÉREZ ALONSO, Esteban J. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Madrid: Mac Graw Hill, 1996.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. A intensidade normativa e o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural: considerações em tempo de isolamento social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 91, jan.-jun. 2022.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural. Autonomia e efetividade*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2022.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. O Direito fundamental ao patrimônio cultural em tempos de isolamento social. In: *Direitos culturais: múltiplas perspectivas (vol. V) – impactos da pandemia*.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; LINS, Mateus Rodrigues; AGUIAR, Marcos Pinto, Fortaleza: UECE, 2021.

PARIONA ARANA, Raúl, “El Derecho Penal ‘Moderno’: Sobre la Necesaria Legitimidad de Las Intervenciones Penales”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, p. 126-7 e 135, set./out. 2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Tutela de precaução. In: *Ação civil pública após 30 anos*, MILARÉ, Edis (Org.), São Paulo: RT, 2010.

PASQUALE Troncone. La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 C.P. In: *Diritto Penal Contemporâneo*, Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4572-la-tutela-penale-del-patrimonio-culturale-italiano-e-il-deterioramento-strutturale-del-reato-dell-a>. Acessado em: 23 jun. 2021.

PASTOR PÉREZ, Ana; DÍAZ-ANDREU, Margarita. 2022. Evolución de los valores del patrimonio Cultural, *Revista de Estudios Sociales* 80: 3-20, p. 7. Disponível em: <https://doi.org/10.7440/res80.2022.01>. Acessado em 05 maio 2022.

PAZ, Maria Isabel Sanches García de. *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

PEIXOTO, Paulo. *O patrimônio mundial como fundamento de uma comunidade humana e como recurso das indústrias culturais urbanas*, p. 5-6, Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/155/155.pdf>. Acessado em 01 mai. 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Magnos Vasconcelos. Patrimônio cultural e institucionalização da memória coletiva. *Biblio 3 W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XXIII, nº 1239, jun. 2018.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, nº 82, p. 43, abr./jun. 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERETTI, Enrique; CAFFERATTA, Néstor A. A 50 años de la declaración de estocolmo. El cambio de paradigma y la resignificación del principio 21. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, nº 71, jul.-set. 2022.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique, 1998, p. 27, *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995.

PIÇARA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal-Brasil, Ano 2000, 1999.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural. O tombamento como principal instituto, 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

POÇAS, Isabel Restier. Direito do património cultural e mecanismos de resolução/agilização delitígios. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 77, nº 3 e4, jul.-dez. 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis *et al.* Crimes Contra o Patrimônio Cultural, *Revista dos Tribunais, Ciências Penais*. São Paulo, vol. 4, p. 165, jan. 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed. 2004.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

QUINTERO, Alberto Blanco-Urbe. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida. In: *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*, BREWER-CARÍAS, Allan R.; CORAO, Carlos Ayala, Caracas: Jurídica Venezolana, 2021.

- RABELLO, Sônia. Estatuto da Cidade e a Preservação do Patrimônio Cultural Federal: Compatibilizando a Gestão. *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.
- RABELLO, Sônia. *O estado na preservação de bens culturais*. O tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.
- RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões emergentes do patrimônio cultural subaquático. In: *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, tomo II, Portugal: Petrony, 2019.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A convenção sobre a proteção e a promoção da diversidade cultural e a Constituição brasileira. In: *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico*. MARQUES, Cláudia Lima et al. (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REHBINDER, Eckard. *Los principios del derecho ambiental en la Republica Federal Alemana*. Buenos Aires: Fundación Manliba, 1987.
- REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural*. São Paulo: J. Oliveira, 2004, p. 114; e OLIVEIRA, Giselle Ribeiro de. Aspectos de patrimônio cultural na avaliação de impactos ambientais, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 90, jul-dez. 2021.
- REISEWITZ, Lúcia, p. 113. Vide BARRETO JÚNIOR, Luiz Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do poder público no dever de proteção ao patrimônio cultural. In *O ministério público e a proteção do patrimônio cultural*, Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.
- REISEWITS, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- RHODEN, Luiz Fernando. Legislação e inventários do patrimônio. *Revista Ciências e Letras*, Porto Alegre, n. 27, p. 189 e ss., jan.-jun. 2000.
- RICHTER, Rui Arno. *Omissão do Poder Público na Gestão do Patrimônio Cultural*. Goiânia: Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público da Defesa do Patrimônio Cultural, Goiânia, 2003.
- RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural*. Curitiba: Juruá, 2003.
- RIEGEL, Alois. *El culto moderno a los monumentos. Caracteres y origen*. Tradução A. Pérez López. Madrid: Visor, 1987.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da Rocha. Acordo de não persecução penal em crimes ambientais, in: *Estudos de direito penal ambiental*, ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.) Belo Horizonte: Expert, 2021.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, nº 4, 1999.
- ROCHA, João C. de Carvalho. Estudo Prévio de Impacto Ambiental, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 27.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 772, p. 467-8, fev. 2000.
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito ao patrimônio cultural preservado – um direito e uma garantia fundamental*. Revista Pensar, Fortaleza, abr. 2007.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *O patrimônio cultural nos documentos internacionais*. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org.). *Direito Ambiental Internacional*. Santos: Ed. Universitária, 2001.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos, A Evolução da Proteção do Patrimônio Cultural. Crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, *Revista de Direito Ambiental*, ano 3, nº 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26, jul.-set. 1998.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos de jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública e estatuto da cidade. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, MILARÉ, Édís (Org.), São Paulo: RT, 2000.
- RODRIGUES, Ruben Tedeschi. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Campinas: Millenium, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 1.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Fundamentos del derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol), 2022.
- ROLLA, Giancarlo. Bienes culturales y constitución. Trad. Emilio Calderón Martín. *Revista del Centrote Estudios Constitucionales*, Madrid, ene.-abr. 1989, nº 2.
- ROMA VALDÉS. *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*. Granada: Comares, 2008.

ROMA VALDÉS, Antonio. La protección penal del patrimonio cultural en iberoamerica. In: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, GUIASASOLA LERNA, Cristina (Org.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 783, p. 11-5, jan. 2001.

ROSETA, Pedro. Proteção Internacional do Patrimônio Cultural. In: *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, Tomo II, Petrony, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jaques (*O Contrato Social*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I, Tradução Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

RUIZ MIGUEL, Carlos. La protección del patrimonio cultural desde la constitución. *Revista de Derecho Político*, nº 63, 2005.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Multiculturalismo e constitución. *Cuadernos Constitucionales de lá Cátedra Fradrique Furrió Cerriol*, nºs 36/37, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In *Jurisdição, Constituição e Direitos Fundamentais*, SAMPAIO, José (Org.), Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dikson, 2004.

SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTIAGO, Alex Fernandes; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Degradação do patrimônio cultural e urbanístico por meio da pichação de monumentos. Possibilidade de caracterização do concurso formal dos crimes de pichação e dano. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 77, p. 110, abr.-maio 2018.

SANTIAGO, Alex Fernando. *Fundamentos do direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, Antônio Marques. A protecção dos bens culturais no ordenamento jurídico português. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra: Coimbra editora, 2001.

SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos; TEIXEIRA, Regina Alves. Danos Contra o Patrimônio Histórico e Cultural e seus Instrumentos Normativos de Tutela: Estudo de Caso a Partir de uma Ação Civil Pública, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 3, n. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Mariza Veloso Motta. Nasce a academia SPHAN. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Rio de Janeiro, Arquivo do IPHAN, s.d., p. 77-96.

SANTOS, Saint-Clair Honorato. *Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá 2005.

SARAIVA, Antônio José. *O que é cultura*. Lisboa: Difusão Cultura, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico- privadas. In *A Constitucionalização do Direito*, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 631-80, jan.-jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade. Ensaio de*

filosofia do direito e direito constitucional, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-151.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade. notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.), Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional. In *Dos Princípios Constitucionais, Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, 2ª ed., LEITE, George Salomão (Org.), São Paulo, Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 1, tomo II, SARLET, Ingo (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Facury; MAUÉS, Antônio G. Moreira. O efeito vinculante e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 5, p. 527-56, jan./jun. 2005.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

SCHOLLER, Henrich. Princípio da proporcionalidade nos direitos constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 11, nº 38, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Coletânea Original. Org. e Introdução: MARTINS, Leonardo; Trad.: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SERRANO, Mário Medes. A proteção dos direitos culturais: cultura e património na experiência jurídica e judiciária portuguesa. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, II, 2013.

SÉGUIN, Elida. *Lei dos Crimes Ambientais*. São Paulo: Adcoas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2003.

SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 27, p. 51-7, jul.-set. 2002.

SILVA, Júlia Alexin Nunes. Tombamento e classificação de bens culturais: estudo comparado entre Brasil e Portugal, *Revista do Instituto Brasileiro do Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2, nº 6, 2013, p. 5752-5, disponível em

http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05733_05839.pdf, acessado em 30 jun. 2021. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p.21, abril 2002.

SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. Compatibilizando os instrumentos legais da preservação arqueológica no Brasil: o decreto-lei nº 25/37 e a Lei nº 3.924/61. *Revista de Arqueologia*, v. 9, 1996. SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares. *Da 'contemplação da ruína' ao património sustentável. Contributo para uma compreensão adequada de bens culturais*. Coimbra, Revista CEDOUA, nº 10, ano Vol. 2, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. *Breves Considerações Atinentes à Lei nº 9.605/98, de 12-02-1998*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Ana Cristina Figueiredo. O conceito de expropriação e a justa indemnização. Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação da Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, 2015.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Crimes contra os bens culturais*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2017.

SOARES, Inês Virgínia; FARIAS, Talden. Crime de destruição de patrimônio cultural da humanidade e ecocídio, Boletim Conjur de 19 nov. 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-19/ambiente-juridico-crime-destruicao-patrimonio-cultural-humanidade-ecocidio>. Acessado em 21 nov.2022.

SOARES, Inês Virgínia. A proteção do patrimônio cultural e a guerra na Ucrânia. In: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-14/ines-soares-protecao-patrimonio-cultural-guerra-ucrania#author>, Acessado: 21 mar. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e Proteção Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999.

SOUZA JÚNIOR, José Rufino. *Sistema nacional de proteção ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey,2007.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/1998*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; MELO, José de Alexandrino. *Constituição da república portuguesa comentada*, Lisboa: Lex 2000.

SPADONI, Joaquim Felipe. Tutela preventiva e repressiva do ilícito e do dano. In: *Efetividade da Tutela Ambiental*, SOARES JÚNIOR, Jarbas. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; PITOMBEIRA, Sheila. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

STAECHLIN, Gregor, “¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del derecho penal?”. In *La insostenible situación del derecho penal*, ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.), Trad.: David Felip i Saborit, Granada: Comares, 2000.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 149-50.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, GRAU, Eros Roberto et al. (Org.), São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 53, p. 242-3, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e a concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, nº 2, p. 280-3, 2003.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁCITO, Caio, A razoabilidade das leis, *Revista Forense*, ano 92, v. 335, p. 3-7, jul.-set. 1996; TORON, Zacharias, Razoabilidade punitiva e a garantia do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 702, p. 441-3, abr. 1994.

TEIXEIRA, Glória; SILVA, Sérgio. Direito do património cultural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, ano V, 2008.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA. O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42dac78c17149caa>. Acessado em: 03 abr. 2021.

TIEGHI, Osvaldo N. *Tratado de Criminologia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A proteção do patrimônio cultural brasileiro pelo direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

TORRES, Carolina de Fátima da Silva. A Efetividade da Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro e o Instituto Municipal dos Imóveis Especiais de Preservação; ambos In: III Encontro Internacional de Direitos Culturais, 2014, Fortaleza/CE.

TUFANO, Douglas. *Estudos de literatura brasileira*. São Paulo: Moderna, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. TUGORES TRUYOL, Francesca; FERRES PLANAS, Rosa. *Introducción al patrimonio cultural*. España: Trea, S. L., 2006.

VAQUER, Marcos. *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos em la constitución española*. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998.

VARINE-BOHAN, Huges. *Patrimônio cultural. A experiência internacional*. Notas de aula, de 12.8.1974. Edição em convênio: Universidade de São Paulo, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e Instituto do Patrimônio Artístico e Nacional, São Paulo, 1975.

VELLOSO, Mônica Pimenta. Os intelectuais e a política cultural do estado novo. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). O Brasil republicano: *O tempo do nacional-estatismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VELOZO, Francisco J. Do património cultural. *Revista Scientia Iuridica*, tomo XXXIV, nº 105-6, abr.- jun. 1985.

VIEIRA, Iscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin, São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLAÇA, Flávio. *Dilemas do Plano Diretor*. In: CEPAM. O Município no Século XXI: Cenários e Perspectivas. São Paulo: Fundação Pref. Faria Lima – Cepam, 1999.

VISCONTI Arianna, *Diritto penale dei beni culturali*, Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-penale-dei-beni-culturali_%28Diritto-on-line%29/. Acessado em: 23 jun. 2021.

VITTORIO FROSINI, Los derechos humanos en la era tecnológico, In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Madrid: Marcial Pons, 1987.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tomo I, 1. ed. Campinas: Russel, 2003.

VON MÜNCH, Ingo. A proteção do meio ambiente na constituição. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Meio Ambiente*, Coimbra nº 1, junho 1994.

WALCACER, Fernando Cavalcanti. Meio-ambiente urbano no Brasil. In: Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão. BENJAMIN, Antônio Herman (Org.), São Paulo: RT, 1993.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WECHENFELDER, Paulo Natalício. O paradigma brasileiro do direito de propriedade. *Revista do Ministério Público do RS*, nº 85, p. 221, jan.-jun. 2019.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Aleman*, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997. WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad.: Afonso Celso Rezende, Campinas: Romana, 2004.

WELZEL, Hanz. *Introduccion a la filosofia del derecho. Derecho natural e justicia material*, 2ª ed. Tradução Felipe González Vicén. Madrid: Aguillar, 1971.

WESSELS, Johannes, “Direito Penal. Parte Geral”, Trad.: Juarez Tavares, Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*, 8ª ed. Trad. Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2008.