UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

PABLO MOITINHO DE SOUZA

O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

SÃO PAULO
2010

PABLO MOITINHO DE SOUZA

O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre

Orientadora: Professora Doutora Janaína Conceição Paschoal

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 05

1. O PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL COMO BEM JURÍDICO-PENAL 08

1.1. Meio ambiente e Direito Ambiental: conceito e características 08

1.2. A cultura como produto da vida humana: o meio ambiente cultural 15

1.3. O patrimônio ambiental nacional e o complexo de bens que o integram: natural, cultural e artificial 19

1.3.1. O patrimônio ambiental cultural 24

1.4. O patrimônio ambiental cultural como bem jurídico-penal 34

1.4.1. Considerações gerais 34

1.4.2. O bem jurídico-penal: caracterização 41

2. O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL 48

2.1. A legislação penal ambiental 48

2.1.1. Antecedentes históricos da proteção do patrimônio ambiental cultural 48

2.1.2. Notícias sobre a legislação estrangeira 54

2.2. Os crimes contra o patrimônio ambiental cultural 61

2.2.1. A Lei dos Crimes Ambientais 62

2.2.1.1. A destruição, inutilização ou deterioração de bens culturais: o art. 62 da Lei n. 9.605/98 63

2.2.1.1.1. O bem jurídico-penal 63

2.2.1.1.2. Os sujeitos do delito 64

2.2.1.1.3. Tipicidade objetiva e subjetiva 64

2.2.1.1.4. Consumação e tentativa 72

2.2.1.1.5. Pena e ação penal 72

2.2.1.2. A alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local protegido, sem a observância dos requisitos legais: o art. 63 da Lei n. 9.605/98 73

2.2.1.2.1. O bem jurídico-penal 73

2.2.1.2.2. Os sujeitos do delito 74
2.2.1.2.3. Tipicidade objetiva e subjetiva 74
2.2.1.2.4. Consumação e tentativa 77
2.2.1.2.5. Pena e ação penal 78
2.2.1.3. A Promoção de construção em solo não edificável, ou no seu entorno, sem a observância dos requisitos legais: o art. 64 da Lei n. 9.605/98 78
2.2.1.3.1. O bem jurídico-penal 79
2.2.1.3.2. Os sujeitos do delito 82
2.2.1.3.3. Tipicidade objetiva e subjetiva 82
2.2.1.3.4. Consumação e tentativa 83
2.2.1.3.5. Pena e ação penal 84
2.2.1.4. Pichar, grafitar ou conspurcar edificação ou monumento urbano: o art. 65 da Lei n. 9.605/98 84
2.2.1.4.1. O bem jurídico-penal 84
2.2.1.4.2. Os sujeitos do delito 85
2.2.1.4.3. Tipicidade objetiva e subjetiva 85
2.2.1.4.4. Consumação e tentativa 88
2.2.1.4.5. Pena e ação penal 89
2.2.2. O Código Penal 90

3. QUESTÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL 93
3.1. O relacionamento entre as instâncias de proteção do patrimônio ambiental cultural 93
3.2. Concurso de agentes e a responsabilidade penal da pessoa jurídica 103
3.3. A figura do garante genérico na perspectiva dos crimes praticados por omissão contra o patrimônio ambiental cultural 109

4. O MULTICULTURALISMO E SEU REFLEXO NA INTERPRETAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL 115

CONCLUSÃO 126

BIBLIOGRAFIA 131

RESUMO 143

ABSTRACT 145

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica do patrimônio ambiental cultural, meramente civilista em seu início, passou a ser feita por meio de normas administrativas e penais, com o escopo exclusivo da sua preservação. O Estado, tratado como unidade soberana, deve buscar a promoção e manutenção do patrimônio ambiental cultural para que se efetive sua proteção para a sociedade atual e para as gerações vindouras. Este objetivo encontra guarida no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, particularmente, em seu art. 216, que define o patrimônio cultural pátrio e ressalva a necessidade de sua proteção.[1]

Um estudo mais aprofundado denota a complexidade do patrimônio ambiental cultural como conjunto de bens, práticas sociais e criações materiais ou imateriais de determinado povo. Mister se faz a compreensão do alargamento no campo de abrangência da proteção jurídica do meio ambiente, em especial, o cultural, quer pela própria ampliação do conceito do objeto de estudo da ciência jurídica ambiental, quer pela preocupação social com os bens portadores de valor cultural.

A escassa repercussão, na seara penal, de atentados ao patrimônio cultural, pode ser atribuída a inúmeros fatores, que vão desde o desapego por parte de nossa sociedade ao acervo de cultura pátrio, até a desídia institucional de comunicar a ocorrência de agressão a tais bens e aplicar sanções aos seus violadores.

Por essas razões devem ser analisados quais são os instrumentos necessários à preservação de patrimônio ambiental cultural no seio de nossa sociedade multicultural, bem como a importância do Direito Penal para a proteção deste importante bem da vida.

No primeiro capítulo são apresentadas algumas noções sobre os conceitos relacionados ao tema, como: o Meio Ambiente, o Direito Ambiental, a Cultura, o Meio Ambiente Cultural, o Patrimônio Ambiental Nacional e o Patrimônio Ambiental Cultural.

---

[1] "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 [...] § 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".

Após, trata-se da construção do bem jurídico-penal, no sentido de demonstrar sua importância e a possibilidade da tutela penal.

Tendo em vista a preocupação constitucional com o meio ambiente equilibrado, como direito fundamental do homem, e com os comportamentos considerados aviltantes aos bens culturais, serão estudadas as formas de proteção do patrimônio ambiental cultural existentes no ordenamento jurídico, sistematizando o campo de atuação de cada ramo jurídico, com enfoque na análise da atuação da dogmática jurídico-penal.

O segundo capítulo trata de estudar as figuras penais existentes no Brasil sobre a matéria tanto na Lei n. 9.605/98 como no Código Penal. O patrimônio cultural como bem jurídico transindividual foi objeto de análise específica para cada tipo apresentado na lei.

O terceiro capítulo apresenta questões fundamentais da dogmática jurídico-penal, na proteção do patrimônio ambiental cultural, como o relacionamento entre as instâncias protetivas e assuntos polêmicos como as inovações da Lei de Crimes Ambientais sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a figura do garante genérico na perspectiva dos crimes praticados por omissão.

O último capítulo trata da problemática do multiculturalismo e o reflexo de tal fenômeno social na interpretação dos crimes contra o patrimônio cultural, como no caso de uma pessoa que não respeita as pautas culturais, por assimilação deficiente da pauta de comportamento violada. Em tais casos, torna-se complexa a solução de conflitos eventualmente surgidos entre manifestações culturais antagônicas e que opõem, frequentemente, concepções majoritárias a minoritárias, apresentando-se critérios e valorações para o impasse dessas questões.

Este é o objetivo a que se propõe, como contribuição para a dogmática jurídico-penal. Longe de esgotar todas as questões referentes ao tema, que engloba diferentes disciplinas jurídicas e o constante reenvio de conceitos e procedimentos para a atuação da tutela de *ultima ratio* do Direito Penal, não se perde de vista a expectativa de reforçar uma definição de patrimônio ambiental cultural, como bem jurídico-penal, apto a incluir relações com o pluralismo vivenciado em nossa sociedade, delimitado para condicionar de

forma substancial o objeto da proteção penal do patrimônio cultural e a interpretação das normas penais existentes em nosso ordenamento.

1. O PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL COMO BEM JURÍDICO-PENAL

1.1. Meio ambiente e Direito Ambiental: conceito e características

Comumente, a noção de meio ambiente remete à ideia de preservação da natureza. A expressão "meio ambiente" tomou grande dimensão no decorrer do tempo e, como atenta Édis Milaré, tal conceito "pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, como consequência da riqueza e complexidade do que encerra".[2]

Ainda hoje nos deparamos com certa dificuldade na distinção de determinados conceitos relacionados ao meio ambiente, pela vasta gama de significados que lhe são atribuídos, mas nem por isso sua importância fica diminuída.[3] Isso ocorre porque tal conceito ganhou destaque no cotidiano social, merecendo um grande número de significados e, ainda, tornou-se objeto de diferentes relações no campo jurídico.

No léxico encontra-se a definição de meio ambiente como o conjunto de fatores físicos, biológicos e químicos que cerca os seres vivos, influenciando-os e sendo influenciado por eles.[4] Nesse sentido, pode ser entendido como tudo aquilo que envolve os seres vivos e as coisas.

O termo "meio ambiente" é redundante, já que a palavra "ambiente" significa o local onde se encontram os seres vivos e as coisas. Dessa forma, o "ambiente" já seria suficiente para explicitar a temática, inclusive por abranger o próprio conceito de "meio".

---

[2] Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

[3] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 4.

[4] *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1267.

Todavia, a expressão "meio ambiente" é de uso corrente aceita pela doutrina, utilizada pelo constituinte de 1988[5] e pelo legislador pátrio,[6] como observamos na Lei n. 6.938/81, que cuida da política nacional do meio ambiente, em seu art. 3º, inciso I, *in verbis*: "meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

A definição legal da expressão "meio ambiente" restringe o tema aos recursos naturais quando, atualmente, reconhece-se maior amplitude ao meio ambiente.[7]

Para Lúcia Reisewitz, dentre as ciências naturais, a ecologia[8] teve influência determinante para a formação do conceito jurídico de meio ambiente. Essa área tem por objeto o estudo entre os seres vivos e seu meio, encontrou importante espaço em uma sociedade que se achava com grandes problemas relacionados à degradação ambiental. A autora conclui ainda que foi do campo científico da ecologia que "vazaram para as ruas as ideias que, transformadas em reivindicação política, alertavam sobre a importância da preservação do meio ambiente".[9]

José Afonso da Silva assevera que o meio ambiente deve ser analisado sob três aspectos: o artificial, o cultural e o natural ou físico, definindo-os da seguinte forma:

> *Meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciando no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; *meio ambiente natural*, ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim,

---

[5] "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".

[6] Nesse mesmo sentido, Édis Milaré entende que "trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente utilizada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso país, que, amiúde, falam em *meio ambiente*, em vez de *ambiente* apenas". *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

[7] Vladimir Passos de Freitas; Gilberto Passos de Freitas. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

[8] José Afonso da Silva assim conceitua a palavra ecologia: "deriva do Grego *oicos* (casa) e *logos* (estudo, ciência) que reunidos, significam algo como 'estudo' ou 'ciência do habitat', com a ideia essencial de ciência que estuda as relações ambientais, isto é, as relações que se produzem em um dado ambiente, entre os seres vivos e o meio". *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86.

[9] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo braasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 8.

> pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correção recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.[10]

Ivete Senise Ferreira afirma que tal ampliação do conceito de meio ambiente teve impulso com a internacionalização da questão ambiental e os debates que se realizaram nas últimas décadas, nos foros internacionais, sobre os problemas ambientais de interesse geral, como a poluição transfronteiriça ou as alterações climáticas, originando um novo conceito – o de "interesse comum da humanidade" – que vai resultar na ampliação dos interesses patrimoniais juridicamente tutelados.[11]

A partir da referida ampliação do entendimento do termo "meio ambiente", José Afonso da Silva o conceitua como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas". O autor aduz que esta integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, na qual estão compreendidos os recursos naturais e culturais.[12]

Meio ambiente é, portanto, uma expressão de extrema amplitude, e deve ser entendida como os recursos da natureza e da cultura apresentados em sua forma individual ou em conjunto.

É difícil delimitar as fronteiras de uma ciência jurídica puramente do meio ambiente independente, em face de outros campos jurídicos já consagrados. No entanto, a autonomia de tal ramo do direito é defendida pela maior parte da doutrina, tendo em vista a especificidade do objeto do seu estudo, qual seja, a preservação do ambiente como meio para assegurar a qualidade da vida do corpo social, com respaldo inclusive em princípios presentes na Constituição da República de 1988.

Destarte, a ciência jurídica ambiental originou-se com a evolução do ordenamento jurídico ambiental e a efetiva constitucionalização da proteção ao meio ambiente. Nesse contexto, Ivete Senise Ferreira afirma que surgiu uma nova disciplina jurídica, o Direito Ambiental, em que figuram, de um lado, os direitos humanos fundamentais, e, de outro, os direitos sociais, dada a necessidade de estabelecer-se um instrumento regulador das

---

[10] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21.
[11] Ivete Senise Ferreira. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.
[12] José Afonso da Silva. *Direito ambiental...*, cit. p. 20.

relações entre a comunidade e o Estado, a quem incumbe a exploração dos recursos naturais.[13]

Também são encontradas outras formas de designação de tal ramo da ciência jurídica, tais como, Direito do Meio Ambiente[14], Direito do Ambiente[15], Direito Ecológico[16], Direito da Natureza ou Direito de Proteção da Natureza[17], porém a expressão *Direito Ambiental* é a mais utilizada[18].

Para Plauto Faraco de Azevedo, o Direito Ambiental surgiu como uma resposta necessária para limitar a degradação do ambiente em todo o planeta. Esta devastação é conduzida por "duas ideologias – a do progresso, derivada do racionalismo iluminista, e a do 'desenvolvimento econômico', concebida no chamado Primeiro Mundo".[19]

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas destacam que, como ramo do Direito Público, o Direito Ambiental pode ser considerado sob dois aspectos: um objetivo, consistente no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; outro como ciência, que tem por finalidade o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.[20]

---

[13] Ivete Senise Ferreira. *A tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

[14] A crítica a essa designação é a mesma referida ao termo *meio ambiente*, por se tratar de pleonasmo – meio tem o mesmo significado que ambiente.

[15] Nomenclatura preferida por Édis Milaré em sua obra: *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 93; por ser "mais abrangente, gramatical e juridicamente exata".

[16] Paulo de Bessa Antunes aponta para a insuficiência da denominação *Direito Ecológico*, por ser restritiva à proteção dos recursos naturais, uma vez que "o termo ambiente é, por essência, extremamente amplo e pode abrigar as inúmeras realidades que se encontram no interior da legislação protetora do meio ambiente. Basta que se observe a inserção dos chamados bens culturais no interior do amplíssimo conceito de meio ambiente para que se compreenda as limitações causadas pela designação". *Direito Ambiental.* 4. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2000. p. 6.

[17] Tais expressões encontram a mesma restrição mencionada na referência anterior.

[18] *v.g.* Paulo de Bessa Antunes. *Direito Ambiental.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000*;* Lúcia Reizewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004*;* José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009*;* Vladimir Passos de Freitas. *Direito ambiental em evolução.* v. 2. Curitiba: Juruá, 2000*;* Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003*;* Helita Barreira Custódio, *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005.

[19] Plauto Faraco de Azevedo. Do direito ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: Vladimir Passos de Freitas (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 281.

[20] Vladimir Passos de Freitas; Gilberto Passos de Freitas. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21. A esse respeito vide: José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42.

Tal ciência procura não tratar de forma isolada os temas ambientais, em uma abordagem antagônica, nem construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade, como aduz Paulo Affonso Leme Machado. Diferente disso, o Direito Ambiental "não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação".[21]

Nesse sentido, Paulo de Bessa Antunes ressalta que o Direito Ambiental apresenta uma dimensão humana, uma ecológica e outra econômica, as quais devem se harmonizar em um conceito de desenvolvimento sustentado[22], com o reconhecimento do ser humano como parte integrante e modificador da natureza, "culturalizando-a".[23]

O constituinte de 1988 refletiu grande preocupação com o "meio ambiente", inserido em diversos pontos do Texto Maior normas de cuidado ambiental, destacando em seu Título VIII, que dispõe sobre a "Ordem social", o capítulo VI – "Do meio ambiente" – para tratar especificamente do tema. Com base nessa disposição, entende José Afonso da Silva tratar-se o Direito Ambiental de verdadeiro "direito social do Homem".[24]

---

[21] Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 139.
[22] Paulo de Bessa Antunes. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 9.
[23] Ibid., p. 21. Sobre a preocupação do Direito Ambiental com a realidade planetária e as influências sofridas por este ramo do direito, Jesús Jordano Fraga aponta que: "El derecho ambiental como derecho especialmente apegado a la realidad planetaria está poderosamente influido por el hecho social, econômico, tecnológico y cultural". El Derecho Ambiental del siglo XXI. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 36, v. 9, out./dez. 2004. p. 221.
[24] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50.

Na perspectiva dos direitos fundamentais,[25] o meio ambiente deve ser compreendido como direito da terceira dimensão,[26] os quais são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal, ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[27] Ressalta-se, contudo, que a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais de segunda dimensão, tomados no sentido amplo, se reportam à pessoa individual, os quais não podem ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.[28]

Do art. 225 da Lei Fundamental pátria pode-se depreender, fundamentalmente, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, das presentes e futuras gerações, sendo, portanto, bem de uso comum do povo, necessário a uma digna qualidade de vida. Nesse sentido, a Constituição imputa ao Poder Público e à coletividade o dever de

---

[25] Sobre as dimensões dos direitos fundamentais do homem, Celso Lafer aduz que eles surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista (p. 126). Os direitos humanos de primeira geração se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. (p. 126). A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do "bem-estar social", entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por esse motivo que os direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado, porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. (p. 127.) Na perspectiva histórica de asserção dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, têm sido contemporaneamente denominados de direitos de terceira e até mesmo de quarta geração e que, como os das gerações anteriores, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo em sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1º, § 2º, art. 55), e reivindicado com muita nitidez na prática da ONU em relação às potências colonialistas no processo de descolonização, a partir da Resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral de dezembro de 1960. O direito à autodeterminação dos povos foi consagrado tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 1º), quanto no sobre Direitos Civis e Políticos (art. 1º), e é juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva, que se insere como um dos exemplos, pacificamente aceito por todos os Estados, de *jus cogens* no plano internacional. Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 131.

[26] Preferiu-se adotar a expressão "dimensões" de direitos fundamentais, perfilhando-se à lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que ressalta as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo "gerações", por parte da doutrina. Aduz o autor que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual prefere o autor o termo "dimensões" dos direitos fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

[27] Ibid. p. 59.

[28] Ibid. p. 57.

preservar e defender o meio ambiente, como exemplo, com a definição de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, com o estabelecimento de áreas ambientais relevantes, com a proteção do patrimônio ali existente mediante a previsão em lei.

O núcleo normativo do Direito Ambiental encontra-se no Capítulo VI da Constituição, que apresenta um único artigo, com seus parágrafos e incisos.[29]

Também Lúcia Reisewitz, partindo da concepção de meio ambiente equilibrado, como instrumento para realização de inúmeros outros valores juridicamente consagrados, considera o direito ambiental brasileiro como o conjunto de normas jurídicas que regem a preservação, melhoria ou recuperação de um ambiente sempre que este for meio para garantir a sadia qualidade de vida humana e a manutenção da vida em todas as suas formas.[30]

---

[29] "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.
§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
§ 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.
§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas".

[30] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 30.

Assim, tem-se que o Direito Ambiental é um ramo do Direito Público, como afirma José Afonso da Silva, ao indicar a "forte presença do Poder Público no controle da qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida concebida como uma forma de direito fundamental da pessoa humana".[31] Plauto Faraco de Azevedo afirma que a qualidade do meio ambiente deve ser entendida em sua dimensão global, com a compreensão do ambiente como o "solo da vida", e seus inúmeros ecossistemas e correlações, em cuja totalidade encontra-se a vida humana. Como assevera o autor, é sobre a base da natureza que o homem desenvolve sua atividade cultural, segundo certos valores, na busca de múltiplos objetivos, cuja paulatina tessitura constitui a história.[32]

Do exposto, conclui-se que o Direito Ambiental é um conjunto de normas e princípios que devem regular a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, em todas as suas formas, para uma digna qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

1.2. A cultura como produto da vida humana: o meio ambiente cultural

Miguel Reale afirma que existem duas ordens de relações correspondentes a duas espécies de realidade: uma natural, e uma outra, denominada *humana*, *cultural* ou *histórica*.[33]

Nesse diapasão, o autor aponta a existência de dois mundos complementares, o do natural e o do cultural, ou seja, do dado e do construído. Dessa forma, ao lado das coisas originariamente trazidas pela natureza, existem outras sobre as quais o homem exerce a sua inteligência e a sua vontade, moldando a própria natureza a seus interesses.[34]

No mesmo sentido estão os ensinamentos de Cristiane Derani, que aponta como inafastável, para a compreensão do estudo da realidade social, a unidade dialética entre natureza e cultura, pois toda formação cultural é inseparável da natureza, com base na qual

---

[31] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.
[32] Plauto Faraco de Azevedo. Do direito ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: Vladimir Passos de Freitas (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 279.
[33] Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-24.
[34] Ibid. p. 24.

se desenvolve. A natureza, dessa forma, conforma e é conformada pela cultura, concluindo a autora que tantas naturezas teremos quão diversificadas forem as culturas, e, naturalmente pelo raciocínio inverso, as culturas terão matizes diversos, visto que imersas em natureza diferentes.[35]

Com efeito, Miguel Reale bem distingue dois conceitos de cultura. O primeiro é o conceito pessoal ou subjetivo de cultura, no qual correlaciona cultura e personalidade, vinculando a palavra *cultura* a cada pessoa, como a indicação do "acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo".[36] Já o segundo é o conceito social ou objetivo, no qual a define como "acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores".[37]

O autor ressalta que as duas noções apontadas encontram-se intimamente ligadas e, a rigor, poderiam ser considerados dois aspectos complementares de um mesmo conceito, assim exposto:

> Cultura é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.[38]

Lúcia Reisewitz entende a cultura como virtude humana e apresenta dois significados correntes para o termo. No primeiro sentido, cultura representa a "formação do ser humano",[39] asseverando a autora que não se pode descartar a existência de uma eterna busca de formação, cultivo e aperfeiçoamento do ser humano.[40] Em um segundo sentido, cultura representa o "produto da vida humana" nos seus diversos modos de viver

---

[35] Cristiane Derani. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.
[36] Miguel Reale. *Paradigmas da cultura contemporânea.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.
[37] Ibid. p. 3. Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva entende cultura como "sistema de símbolos" que "brota da alma do povo, como produtora de valores". *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17.
[38] Id. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26.
[39] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 81.
[40] Ibid. p. 83.

criados, adquiridos e transmitidos.[41] Cultura, para a autora, é tanto aquilo que forma o ser humano, como o produto dessa formação, num vaivém contínuo, pois aquilo que é produto novamente vai ser fonte e influenciar uma nova formação e assim, *ad infinitum*.[42]

A cultura foi objeto de preocupação da Constituição pátria de 1988, protegida como fenômeno social e fator de emancipação humana[43], especialmente nos arts. 215 e 216,[44] como objeto do Direito e patrimônio brasileiro, respectivamente.

Na ordenação constitucional da cultura, como ensina José Afonso da Silva, encontram-se duas ordens de valores culturais, dois sistemas de significações. Uma que são "as próprias normas jurídico-constitucionais, por si sós repositórios de valores (direitos culturais, garantia de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade no gozo dos bens culturais etc.)" e outra que representa a própria matéria normatizada como "a cultura, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações artísticas; obras, objetos, documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios, monumentos de valor cultural)".[45]

O autor conclui ainda que, quando se fala em "direito da cultura" se está referindo ao "direito objetivo da cultura", ou seja, ao conjunto de normas jurídicas, constitucionais ou ordinárias, sobre cultura.[46] Diferentemente, como aduz o autor, a expressão "direito à

---

[41] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 83.

[42] Ibid. p. 85.

[43] Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27.

[44] "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. 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 [...]".

[45] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34. É interessante consignar o levantamento feito pelo autor na citada obra, sobre as referências à *cultura* no texto da Constituição da República de 1988: "[...] nos arts. 5º, IX, XXVII, XXVIII, LXXIII, e 220, §§ 2º e 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições". p. 42.

[46] Ibid. p. 47.

cultura" é um "direito constitucional fundamental que exige a ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial".[47]

Conforme assertivas anteriores, a cultura, como produto da vida humana, encontra-se tutelada por normas jurídicas e albergada pelo próprio Direito Ambiental, o qual não está limitado àquilo que diz respeito à natureza. Como aduz Lúcia Reisewitz, além da fauna, da flora, da qualidade do ar e da água, enfim, de tudo necessário ao equilíbrio ecológico, estão compreendidos em sua tutela "a ação humana modificadora da natureza, de maneira que toda a riqueza que compõe o patrimônio ambiental transcende a matéria natural e incorpora também um ambiente cultural, revelado pelo patrimônio cultural".[48]

Esse ambiente cultural é apenas um dos eixos em torno dos quais gravita e se desenvolve a vida humana, condicionando-lhe também a existência. A esse respeito Belize Câmara Correia ressalta que o meio ambiente cultural vai mais além, pois agrega valores que refletem características peculiares a uma dada sociedade, constituindo, por assim dizer, retrato vivo de sua história e, consequentemente, espelho de sua própria identidade.[49]

No mesmo diapasão, com o entendimento de que o meio ambiente deve ser compreendido de uma forma ampla, Marcos Paulo de Souza Miranda aduz:

> [...] o meio ambiente deve ser entendido em toda a sua plenitude de um ponto de vista humanista, que compreenda a natureza e suas modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Por isso, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo que mora em seus arredores. Em outras palavras: alguns elementos do meio ambiente existem independentemente da ação do homem: os chamamos de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção, e os chamamos de meio ambiente cultural.[50]

O meio ambiente cultural pode ser considerado, portanto, como sendo o próprio patrimônio cultural brasileiro (histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico),

---

[47] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

[48] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 63.

[49] Belize Câmara Correia. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 34, v. 9, abr./jun. 2004. p. 43.

[50] Marcos Paulo de Souza Miranda. Patrimônio cultural é meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 43, jul./set. 2006. p. 353.

pois identifica o conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos e costumes que distinguem nosso grupo social.

Por surgir e se desenvolver com apoio na natureza,[51] o meio ambiente cultural deve ser preservado, como aponta Lúcia Reisewitz, quando for meio para garantir a qualidade de vida humana ou a preservação da vida em todas as suas formas,[52] e, ainda, para a construção da cidadania, da identidade nacional e da soberania.[53]

1.3. O patrimônio ambiental nacional e o complexo de bens que o integram: natural, cultural e artificial

O meio ambiente revela-se como um patrimônio coletivo, ou seja, um bem de uso comum do povo, com destinação às futuras gerações. Nesse sentido, como afirma Cristiane Derani, sua manutenção se torna imprescindível ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo para a realização da sociedade como comunidade, em um campo no qual "se travam relações entre sujeitos, voltadas, em última análise, à consecução de um objetivo de bem-estar comum".[54]

Esse patrimônio "coletivo" deve ter um conteúdo mais amplo, ligado à essência do objeto. Em especial, quando tratamos do meio ambiente, a ideia de patrimônio não pode ser interpretada de forma a reduzir o conteúdo do vocábulo a um conjunto de coisas que apresentam determinado valor pecuniário, mas a noção do meio ambiente como um bem que o direito reconhece e protege, como patrimônio ambiental.

Apresentam essa natureza de patrimônio ambiental, como exemplifica José Afonso da Silva, os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens

---

[51] Nesse sentido, Miguel Reale conclui pela própria vinculação originária da cultura com a natureza. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.
[52] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 58.
[53] Ibid. p. 59.
[54] Cristiane Derani. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 247.

de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.).[55]

Com base nas referências do § 4º do art. 225 da Constituição pátria,[56] Ivete Senise Ferreira entende cabível a expressão "patrimônio nacional" para designar a totalidade de bens ambientais, de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida, a serem defendidos e preservados, nos termos do texto constitucional.[57]

Édis Milaré, ao tratar desse conjunto de bens destinados ao usufruto da comunidade, adota a expressão "patrimônio ambiental nacional", apontando o caráter holístico do meio ambiente, como produto das interações e relações da sociedade humana com o mundo natural em que ela se contextualiza.[58]

Como formas do patrimônio ambiental nacional, tendo em vista a distinção caracterizada pelos valores ambientais específicos dos seus componentes (naturais, culturais e artificiais), bem como por sua destinação para fruição social (como bens difusos) são destacados: o patrimônio ambiental natural, o patrimônio ambiental cultural e o patrimônio ambiental artificial.[59]

O patrimônio ambiental natural é constituído pelos recursos naturais de característica planetária, ou seja, aqueles encontrados em toda superfície do globo terrestre. Como seus componentes, é possível citar o ar, a água, o solo, a flora, a fauna e a biodiversidade. Tais elementos ou ambientes naturais apresentam composição e concentração distintas de acordo com a região na qual se encontram.[60]

O *ar*, além de ser matéria-prima da respiração dos seres vivos (animais e vegetais), filtra os raios solares, arrefece o calor, equilibra os ecossistemas. Sem ele, não existe vida.

---

[55] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.
[56] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são *patrimônio nacional*, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".
[57] Ivete Senise Ferreira. *A tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.
[58] Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 199.
[59] Ibid. p. 117.
[60] Ibid. p. 118.

Se sua pureza for gravemente comprometida, sua função ecológica perecerá.[61] A disponibilidade e o uso desse recurso insere-se perfeitamente nos programas de gerenciamento ambiental, malgrado a sua intangibilidade, o seu caráter etéreo. O controle de sua qualidade tem a ver com as funções ecológicas e sociais que ele desempenha no contexto da vida terrestre.[62] Não se encontram normas específicas para sua tutela, e sim para os problemas a ele relacionados, como a poluição atmosférica, agentes poluidores, proteção e padrões de qualidade.

A *água* é outro valiosíssimo recurso diretamente associado à vida, uma vez que compartilha dos processos ecológicos essenciais, como o da fotossíntese, o da quimiossíntese e o da respiração. Funciona como *habitat* e nicho ecológico de inúmeros organismos e espécies animais e vegetais.[63] Dentro do ecossistema planetário, seu papel junto aos biomas é múltiplo, seja como integrante da cadeia alimentar e de processos biológicos, seja como condicionante dos diferentes *habitats*.[64]

No Brasil, especificamente para sua tutela, tem-se o "Código de Águas", aprovado pelo Decreto n. 24.643, de 10.07.1934 e a Lei n. 9.433, de 08.01.1997, que instituiu a "Política Nacional de Recursos Hídricos". A preocupação com tal recurso levou, ainda, à criação, pela Lei n. 9.984, de 17.07.2000, da Agência Nacional de Águas (ANA), autarquia de regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a missão de implementar, dentro das suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Como afirma Édis Milaré, a expressão "uso do solo" apresenta vários sentidos em diversos campos de estudo, como na Geologia, Agricultura, Física, Direito etc. Contudo, nas várias acepções encontradas, o *solo* aparece com dois sentidos principais: o de recurso natural e o de espaço social.[65] Como recurso natural, o solo é "uma escura e silenciosa usina onde se desenvolvem tantas atividades e relações necessárias à vida que se

---

[61] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 109.
[62] Édis Milaré. Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 118.
[63] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121.
[64] Édis Milaré. *Direito do ambiente...*, cit. p. 126.
[65] Ibid. p. 135.

movimenta na superfície". Como espaço social, é o lugar de assentamentos humanos e atividades produtivas.[66] Para a tutela do solo encontram-se decretos e resoluções preocupados com suas formas de deterioração, poluição, degradação, erosão, esgotamento e conservação.

A *flora* é um coletivo que se refere ao conjunto de espécies vegetais do país ou de determinada localidade, sem qualquer expressão de importância individual dos elementos que a compõem. Essa totalidade de espécies vegetais pode pertencer a grupos botânicos diversos, desde que estes "tenham exigências semelhantes quanto aos fatores ambientais, entre eles os biológicos, os do solo e o do clima".[67] A flora brasileira compõe-se de todas as formas de vegetação úteis à terra, que a revestem, o que inclui as florestas[68], cerrados, caatingas, brejos e mesmo as forrageiras nativas, que cobrem os campos naturais.[69]

A palavra *fauna* está sempre relacionada a um ecossistema e se refere ao conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo aí a fauna aquática, a fauna das árvores e do solo (insetos e micro-organismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena).[70] A fauna constitui parte expressiva da biota, sendo um dos indicadores mais impressionantes da evolução da vida sobre a Terra e, paradoxalmente, das ameaças que pesam sobre essa mesma vida.[71] A Constituição de 1988 impõe ao Poder Público a tarefa de proteger tanto a flora como a fauna brasileira.[72]

A *biodiversidade*[73] tem raízes mais profundas na Biologia e na Ecologia. Concretamente, como aduz Édis Milaré, ela consiste na grande variedade de genes, espécies vivas e diferentes ecossistemas, dado que "é dentro dos ecossistemas que se

---

[66] Ibid. p. 136.
[67] Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 144.
[68] Com especial tutela jurídica prevista no "Código Florestal", instituído pela Lei n. 4.771, de 15.09.65.
[69] José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 162.
[70] Ibid. p. 195.
[71] Édis Milaré. *Direito do ambiente...*, cit. p. 154.
[72] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - *proteger a fauna e a flora*, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".
[73] Também é utilizada a expressão *diversidade biológica*. Independentemente da diferença de termos e conceitos, como lembra Edis Milaré, o que se quer sempre é "proteger a biosfera, exaltar a variedade indefinida das formas de vida, e enfatizar as relações ecossistêmicas como suporte para perpetuação da vida planetária". *Direito do ambiente...*, cit. p. 173.

desenvolvem as relações entre as espécies e a interação dos elementos nele presentes".[74] Biodiversidade[75], patrimônio genético[76] e biotecnologia[77] são termos de cunhagem recente, formados com a evolução das Biociências, partindo-se da ciência especulativa para suas aplicações práticas.[78] A preocupação maior com a biodiversidade, nos tempos atuais, vem da crescente ameaça de extinção de muitas das espécies vivas, mais significativas aos olhos humanos.[79]

Além do patrimônio ambiental natural, o meio ambiente, como bem de uso comum do povo, assim o é por ser imprescindível à realização do indivíduo como tal, e como integrante de uma sociedade. Com base nessa complexa ligação, Cristiane Derani afirma que a relação da sociedade com a natureza é uma manifestação cultural. Portanto, como afirma a autora, a cultura naturalizada determina, ao passo que é determinada pelo indivíduo.[80]

Tem-se, desta forma, o patrimônio ambiental cultural ou, simplesmente, patrimônio cultural, com sua relevância na formação, identificação, promoção, valorização, recuperação ou restauração, preservação e melhoria da memória nacional, em confronto com as inquietantes condutas ou atividades lesivas aos bens materiais ou imateriais nele encontrados.[81]

---

[74] Ibid. p. 172.

[75] A preservação da biodiversidade também encontra disposição expressa no texto da Lei Fundamental pátria: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II - *preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País* e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético". Ainda, a Lei n. 11.105, de 24.03.05, regulamentou os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados, criou o Conselho Nacional de Biossegurança, e dispôs, ainda, sobre a Política Nacional de Biossegurança.

[76] Outra preocupação ligada à biodiversidade, bem definida por José Afonso da Silva, é a preservação da integridade do patrimônio genético de todas as espécies, através do seu fator caracterizante e diferenciador da imensa quantidade de espécies vivas existentes, incluindo aí todos os reinos biológicos (vegetais e animais). *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 94.

[77] Como exemplo de biotecnologia Edis Milaré cita os processos de clonagem e mutações transgênicas que desencadearam debates acirrados e colocaram em pauta interpelações de natureza ética e de ordem científica. O poder da biotecnologia, com seus riscos e oportunidades, como afirma o autor, "é incomensurável e desafiador, sob vários pontos de vista". *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 179.

[78] Ibid. p. 171.

[79] Ibid. p. 174.

[80] Cristiane Derani. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 247.

[81] Helita Barreira Custódio. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes.* Campinas: Millennium, 2005. p. 145.

Para Ivete Senise Ferreira, a evolução dos conceitos e da legislação ambiental propiciou todos os aspectos que interessam à conservação do meio ambiente. Estes elementos se apresentam de tal forma integrados, que é difícil fazer-se a separação dos bens que integram o patrimônio natural ou o patrimônio cultural do país.[82] Para a autora, passou a ser usual a referência conjunta a "bens naturais e culturais" (ou vice-versa), unificando-se sua tutela jurídica.[83]

Com efeito, Édis Milaré conclui que, opondo-se ou contrapondo-se ao elemento natural aparece o elemento artificial, aquele que não surgiu em decorrência de leis e fatores naturais, mas por processos e moldes diferentes, proveio da ação transformadora do homem. Nesse sentido, conclui o autor que as construções do homem compõem o seu ambiente próprio, não sem interferir sensivelmente no entorno e provocar mudanças nas características essenciais do meio e, ainda, na preservação ou conservação dos recursos naturais.[84]

Destarte, tem-se o patrimônio ambiental artificial como o meio ambiente construído, ou artificial, que passa a ser objeto das políticas ambientais. Dessa forma, tal patrimônio cai sob a alçada do Direito, não apenas do Direito Ambiental, mas também de outros ramos da ciência jurídica, particularmente o Direito Urbanístico e regulamentações específicas "menores".[85]

1.3.1. O patrimônio ambiental cultural

Mesmo com a identificação de diversas evidências históricas de ideais ou práticas preservacionistas em períodos anteriores à modernidade, especialmente no Renascimento

---

[82] Ivete Senise Ferreira. *A tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26. A autora dá o exemplo do Decreto-Lei n. 25, de 30.11.37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, *in verbis*: "Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional [...] § 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 pelo natureza ou agenciados pelo indústria humana". (sic!)

[83] Ibid. p. 26.

[84] Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 199.

[85] Ibid. p. 199.

italiano, quando houve um despertar para o consciente apego aos monumentos clássicos, como afirma Ana Maria Marchesan, foi no Século das Luzes o período de florescimento e de evolução da ideia de preservação do patrimônio cultural.[86] Posteriormente, de 1960 até os dias atuais, como afirma a autora, o termo "patrimônio cultural" passou a envolver não somente o construído, como também o intangível, desprovido de tridimensionalidade, desde que comunique alguma história, evoque identidade, testemunhe valores civilizatórios.[87]

Na expressão "patrimônio cultural" o conceito de patrimônio acha-se decalcado à noção de bem cultural.[88] Nesse sentido, o patrimônio ambiental cultural é um bem, pois é algo caro a todos. Dessa forma, ele é o que a coisa revela, significa, representa, caso contrário, em muitas circunstâncias não haveria mesmo razão para que o objeto material em si fosse como tal considerado e preservado.[89]

A Convenção da UNESCO, de 1970, disciplina a proteção de bens culturais de importância para cada Estado e o seu povo, sem criar uma categoria independente de bens culturais que integrem um patrimônio cultural da humanidade, distinto do patrimônio cultural de cada Estado.[90] A norma do art. 4º da referida Convenção apresentou os critérios pelos quais determinados bens culturais passam a integrar o patrimônio cultural de um Estado, no caso: "São considerados bens do patrimônio cultural do Estado aqueles que possuem uma conexão com o seu território, ou com a formação e a identidade cultural do seu povo, ou que foram adquiridos licitamente".[91]

A proteção dos bens culturais que integram o patrimônio cultural de cada Estado é uma forma de assegurar a integridade desse patrimônio, mas, como afirma Fernando Fernandes Silva, também constitui uma forma de assegurar o direito de toda humanidade estudá-los, pesquisá-los, admirá-los, venerá-los, ou seja, exercer todas as funções vitais que

---

[86] Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.
[87] Ibid. p. 47.
[88] Ibid. p. 39.
[89] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez do Oliveira, 2004. p. 64.
[90] Fernando Fernandes Silva. *A prevenção e a repressão do tráfico dos bens culturais na Convenção da Unesco (1970).* Tese (Doutorado). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 202.
[91] Ibid. p. 202.

decorram da existência destes bens. A proibição ao tráfico revela o interesse de toda a humanidade, representada pelas organizações internacionais, pelos Estados, e outros sujeitos de Direito Internacional, de assegurar a todos os seres humanos o acesso aos bens culturais. Trata-se da aplicação plena do princípio do patrimônio cultural da humanidade, adotado nas convenções e demais atos unilaterais aprovados sob o patrocínio da UNESCO.[92]

Esse também é o entendimento de Alicia Rodríguez Núñez, que afirma ser mais correto denominar patrimônio cultural ao "conjunto de bienes que constituyen el testimonio de los valores de la civilización de uma región, pues permite expresar com mayor precisión la amplitud tipologia de bienes que engloba."[93]

O patrimônio apresenta a ideia de herança, ou seja, do que foi acumulado e herdado dos nossos antecessores. Esse distanciamento temporal, como lembra Ana Maria Moreira Marchesan, é "um dos traços que conforma a linha divisória entre cultura e patrimônio cultural". Nesse sentido, conclui a autora, nem tudo que é cultura é patrimônio cultural.[94]

Carlos Amado Gomes identifica o patrimônio cultural como resultado da sedimentação temporal da vivência de um povo, de uma comunidade, de uma raça. Para o autor, ele constitui (ou deveria constituir) um retrato depurado das fases de evolução civilizacional da comunidade a que se reporta, o conjunto de marcos simbólicos que permite reconstruir o percurso de realizações, corpóreas e incorpóreas, de um conjunto de pessoas, geográfica ou sociologicamente identificável, ao longo do tempo. E conclui, identificando este sedimento cultural como representante do legado de memória que lhes

---

[92] Fernando Fernandes Silva. *A prevenção e a repressão do tráfico dos bens culturais na Convenção da Unesco (1970)*. Tese (Doutorado). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 209.

[93] Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimônio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 6. Ana Maria Moreira Marchesan também se refere a uma delimitação regional dos bens culturais apontando que "vinculados ao território nacional integrarão o patrimônio cultural do país". Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40.

[94] Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

devolve um sentimento de pertença e que se opõe à voragem temporal, à massificação dos hábitos, à desertificação de valores.[95]

Esse constante trato entre passado, presente e futuro proporciona o fluir civilizatório que terá condições de ser melhor planejado se puder contar com um acervo significativo dos tempos passados. Partindo dessa decomposição, Ana Maria Marchesan considera possível construir uma definição de patrimônio cultural como sendo:

> [...] o conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais de determinada nação e que, por sua peculiar condição de estabelecer diálogos temporais e espaciais relacionados àquela cultura, servindo de testemunho e de referência às gerações presentes e futuras, constitui valor de pertença pública, merecedor de proteção jurídica e fática por parte do Estado.[96]

Indubitável é que o texto constitucional pátrio representou um avanço na proteção do patrimônio cultural brasileiro, dedicando toda uma seção e vários dispositivos para a matéria, com um trato mais vasto e democrático. A interpretação constitucional da diversidade cultural surge no sentido de valorizar a pluralidade cultural, como uma forma de democratização das políticas culturais, especialmente no trato da cultura como patrimônio brasileiro, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

> 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.

---

[95] Carla Amado Gomes. Desclassificação e desqualificação do patrimônio cultural: ideias avulsas. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 101, v. 26, jan./mar. 2005. p. 9.

[96] Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

> § 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.

Em interessante análise, José Afonso da Silva aponta o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro previsto no art. 216 da Lei Maior,[97] indicando no inciso I que as formas de expressão são os modos de exteriorização de manifestações culturais, tais como: a Língua, a Literatura, a Música, a Dança, as Festas Religiosas, o Folclore.[98] No inciso II do mesmo dispositivo, aponta que os modos de criar, de fazer e viver constituem também formas culturais de elevado sentido popular, que se vão perdendo nas formas de industrialização substantiva.[99]

Para o inciso III, do dispositivo mencionado, o autor aduz que as criações científicas, artísticas e tecnológicas são expressões da atividade intelectual de que trata o art. 5º, inciso IX, do Texto Fundamental.[100] As criações científicas e tecnológicas são reputadas formas de manifestações culturais (mais formais e eruditas), cujo desenvolvimento o Estado promoverá e incentivará, na forma prevista no art. 218 da Constituição.[101] Já as criações artísticas referidas são as de arte erudita, como: Pintura, Escultura, Arquitetura e Música.[102]

---

[97] José Afonso da Silva entende que a Constituição andou bem empregando a expressão sintética "patrimônio cultural" em seu art. 216, pois tal expressão é mais adequada e mais abrangente do que patrimônio histórico e artístico. Menos adequado, embora não menos abrangente, como afirma o autor, é falar-se em patrimônio histórico, artístico ou cultural, porque o "cultural" já inclui o histórico e o artístico. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p 100.
[98] Ibid. p. 102.
[99] Ibid. p. 110.
[100] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".
[101] "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas".
[102] José Afonso da Silva. *Direito ambiental...*, cit. p. 111.

As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais previstas no inciso IV do dispositivo são outros tantos bens culturais que a Constituição considera incluídos no patrimônio cultural brasileiro. A compreensão do texto demanda a análise do art. 23, inciso III, da Lei Maior, segundo o qual é de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural. Dessa forma, como afirma o autor, os bens deste inciso IV são esses mesmos submetidos à proteção das entidades federativas indicadas no art. 23.[103]

Destarte, para os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, descritos no inciso V, reitera José Afonso da Silva ser a tutela de competência de todas as entidades da Federação, nos termos do art. 23, inciso III, da Constituição.[104]

O autor conclui que nos incisos I, II, III, IV e V do art. 216 da Constituição encontra-se o patrimônio cultural, que deverá ser protegido pelo Poder Público, com a colaboração da sociedade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, bem como outras formas de acautelamento e preservação, inclusive mediante a responsabilização por danos e ameaças à sua integridade.[105]

No enunciado normativo do art. 216, como afirma Lúcia Reisewitz, patrimônio é tanto o bem material como o imaterial. A materialidade ou imaterialidade de um bem cultural, como afirma a autora, estão associadas à diferença entre matéria e não-matéria, um quadro e uma história, por exemplo. O material aqui não se confunde com pecuniário. Tanto um quadro como um direito autoral podem ter valor pecuniário. Conclui a autora que, para o caso do art. 216 deve-se diferenciar o valor monetário de outro valor, o cultural, e, dessa mesma forma, interpretar o significado de patrimônio como transcendente aos limites de valor monetário.[106]

---

[103] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 112. Nesse mesmo trecho, o autor exemplifica como tais bens "as obras do Aleijadinho, em Minas Gerais, os teatros, os museus, as casa e oficinas de cultura etc".
[104] Ibid. p 113.
[105] Ibid. p 113.
[106] Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez do Oliveira, 2004. p. 87.

O patrimônio ambiental cultural, da forma como é previsto na Constituição, no entendimento de José Afonso da Silva, é um conceito jurídico, uma vez que composto apenas dos bens declarados de interesse público, por uma das formas de promoção e proteção estatuídas no §1º do art. 216: "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".[107]

Como aduz o autor, nesse sentido é que se deve compreender o conceito legal de patrimônio cultural, ou seja, como "um todo orgânico, cuja unidade expressa a identidade do país e cuja significação é tanto maior quanto mais incorporado se encontra ao viver corrente da cidadania".[108]

Entende-se que a produção cultural funciona por acumulação, sendo imprescindível a transmissão de uma geração para outra. O patrimônio cultural se presta a uma espécie de alicerce sobre o qual a civilização como um todo se edifica e evolui.[109] Nesse diapasão, nem todas as manifestações culturais de uma sociedade devem ser protegidas juridicamente, como afirma José Afonso da Silva, mas apenas "os bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira".[110] Dessa maneira, os bens que devem constituir o patrimônio cultural brasileiro, para o autor, são aqueles bens que sejam referenciais para definir a essência da identidade ou da ação ou da memória dos mencionados grupos.[111]

Lúcia Reisewitz assevera que a Constituição Brasileira chamou de "fontes de cultura nacional" a vasta rede de significações da cultura. Assim, nem tudo aquilo que é

---

[107] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p 101.
[108] Ibid. p. 101.
[109] *Cf.* Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.
[110] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional...*, cit. p. 114. Na mesma passagem, o autor considera como grupos formadores da sociedade brasileira, primeira e basicamente, os portugueses, os africanos e os índios. Depois, por via de imigração, a eles se juntaram os italianos, os japoneses, os alemães, os árabes, com razoável influência na formação da cultura brasileira.
[111] Ibid. p. 114.

fonte de cultura é o que a norma jurídica alberga como patrimônio cultural. Nesse sentido, conclui a autora que patrimônio cultural é uma espécie de fonte de cultura.[112]

Com a evolução do ordenamento constitucional, encontra-se a guarida do meio ambiente pela chamada "tutela dos interesses difusos", que trata de titulares, em alguns casos indeterminados, por certas vezes determináveis, afastando-se a ideia clássica da divisão entre interesses públicos e privados.

Dessa forma, tem-se a inclusão do patrimônio cultural na categoria dos denominados interesses difusos, que são, no ensinamento de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> [...] interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (*v.g.*, o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (*v.g.*, os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.[113]

Nessa linha de entendimento, Belize Câmara Correia aduz que a proteção ao patrimônio cultural ostenta o *status* de direito fundamental de terceira dimensão, vocacionado a tutelar interesses pertencentes ao próprio gênero humano. Correto é, pois, se tratar de um direito transindividual difuso, que provém de identidade de circunstâncias fáticas e abrange um sem-número de sujeitos.[114]

---

[112] A autora baseou-se no enunciado do art. 215 da Constituição, *in verbis*: "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". Lúcia Reisewitz. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro.* São Paulo: Juarez do Oliveira, 2004. p. 86.

[113] Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 114. Encontra-se ainda uma definição legal para interesses difusos na Lei n. 8.078, de 11.09.90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, no inciso I do parágrafo único do art. 81: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

[114] Belize Câmara Correia. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 34, v. 9, abr./jun. 2004. p. 49. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, entre os direitos fundamentais de terceira dimensão, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58.

Juan José Gonzáles Rus aponta para duas questões interessantes sobre a natureza jurídica do patrimônio cultural. Na primeira, identifica como coincidentes em um mesmo objeto o bem cultural e o bem patrimonial que, no entanto, fazem referência a realidades jurídicas e a titulares distintos: titularidade coletiva e propriedade coletiva, no primeiro caso e, titularidade do proprietário e propriedade privada, no segundo caso. Por isso, defende o autor que: "sea perfectamente factible la convivencia simultânea de los intereses del proprietario o de los titulares de derechos reales y los generales sobre la misma cosa".[115]

O autor ainda identifica, no estudo do patrimônio cultural, a função social da propriedade,[116] com o seu reconhecimento em um Estado Social de Direito capaz de satisfazer tanto os interesses individuais como os sociais, com a superação do conceito liberal de propriedade, antes entendida como um direito personalista, livre e absoluto.[117]

Como apontado anteriormente, o patrimônio cultural apresenta como conteúdo um complexo de bens culturais. Bens estes existentes nos planos material e espiritual, de forma particular em nossa sociedade, merecendo plena proteção por parte do Estado e da própria comunidade. Todavia, de que forma devem ser demarcados esses bens para que possam ser protegidos? No Brasil, como aponta José Afonso da Silva, tem-se sempre utilizado o método da classificação, a partir de uma categorização genérica.[118]

É o que se encontra, por exemplo, no art. 1º do Decreto-lei n. 25, de 30.11.1937, que afirma constituir o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país, 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, bem como pela previsão, no § 2º do referido artigo, dos monumentos naturais, dos sítios e das paisagens que importe conservar

---

[115] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v. 48, ene./abr. 1995. p. 50.

[116] Nossa Constituição Federal reconhece como direito fundamental a propriedade e sua função social em seu art. 5º: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social".

[117] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida…, cit. p. 51.

[118] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 116.

e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.[119]

No entanto, pela própria previsão do § 1º do art. 1º do Decreto-lei, esses bens só serão considerados parte do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos, separada ou agrupadamante, num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º da norma. Essa inscrição, como afirma José Afonso da Silva, é denominada "tombamento", que é a forma de classificação dos bens culturais do sistema jurídico brasileiro.[120]

Outro ponto interessante, quanto ao método de classificação dos bens culturais, é a noção de "excepcionalidade", inscrita no art. 1º do Decreto-lei n. 25/37, e que tem sido constantemente reelaborada. Com a tendência inspirada pelas cartas patrimoniais de preservação de conjuntos e de seus entornos, como assevera Ana Maria Moreira Marchesan, a expressão "excepcional", utilizada no art. 1º da Lei de Tombamento, representa um problema a mais na concretização de atos de preservação, pois os proprietários e os intérpretes da norma têm dificuldade para aceitar que um bem seja portador de algum valor "excepcional", quando está ao lado de outros investidos de semelhantes características.[121]

Não é por outra razão, conclui a autora, que a expressão tem sido "reinventada" para apresentar um sentido adequado à capacidade de bem mobilizar relações (ainda que negativas), o que justificaria sua proteção. Destarte, a excepcionalidade estaria mais relacionada à eloquência do testemunho, à força de sua expressão, do que à sua raridade.[122]

Na própria Constituição encontra-se a utilização do método da classificação ao estatuir o art. 216, § 1º, que o Poder Público, com a colaboração da Comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventário, registro,

---

[119] Como ressalta Ivete Senise Ferreira, anteriormente à definição de patrimônio cultural do art. 216 da Constituição de 1988, tal era a definição encontrada no ordenamento jurídico pátrio, que apenas mencionava o patrimônio histórico e artístico nacional. Nesse sentido, a autora aponta o alargamento do conteúdo de patrimônio cultural, e a menção a outros bens, além dos históricos e artísticos, que compõem a conceituação da Constituição Federal, justificando assim a ampliação da tutela jurídica, que deverá abranger todas as espécies que compõe o gênero "patrimônio cultural". *Tutela penal do patrimônio cultural.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 25.

[120] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 116.

[121] Ana Maria Moreira Marchesan. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 48.

[122] Ibid. p. 49.

vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação. Nesse diapasão, José Afonso da Silva afirma que promover o patrimônio cultural é formá-lo, definindo quais bens devem integrá-lo. Já proteger o patrimônio cultural é, além dessa definição, também efetivar sobre o patrimônio constituído a vigilância, a fiscalização, as inspeções, reparos e conservação, para que os bens classificados: tombados, inventariados, registrados (os desapropriados são tombados), não deteriorem.[123]

Essa integração de elementos básicos da natureza e da civilização ou da cultura dos povos, apontada por Helita Barreira Custódio, constituída de bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza e da pessoa humana, de reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos,[124] entendida por patrimônio ambiental cultural, obteve o reconhecimento de sua valia, revelando um conjunto de bens juridicamente protegidos em todos os níveis do governo, nacionais e internacionais.[125]

1.4. O patrimônio ambiental cultural como bem jurídico-penal

1.4.1. Considerações gerais

Santiago Mir Puig ensina que o bem jurídico, desde os meados do século XIX, encontra-se entre os conceitos fundamentais de Direito Penal. Sua função situava-se, de forma geral, no terreno da interpretação e da ordenação sistemática, como verdadeira "chave". No entanto, seu significado não restringe-se a limitar o legislador, mas, ainda, a expressar a razão da norma, o objeto de proteção eleito pela lei.[126] Posteriormente, na concepção de Binding, o bem jurídico era tido como uma criação do direito, que escolhia

---

[123] José Afonso da Silva. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 116.
[124] Helita Barreira Custódio. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes.* Campinas: Millennium, 2005. p. 145.
[125] Cabe ressaltar que o Brasil é signatário da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, de 2002.
[126] Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2003. p. 112.

os objetos merecedores de proteção, conforme a opinião do legislador. Já Von Liszt perseguia um conceito material de bem jurídico, que funcionaria como limite à punição penal. Nesse sentido, o bem jurídico deveria ser analisado em um momento prévio ao direito positivo, de forma concreta, na realidade social. Essa, e não o legislador, deveria definir quais objetos deveriam merecer a proteção penal.[127]

Destaca Santiago Mir Puig que as duas concepções de bem jurídico apresentadas por Binding e Von Liszt embasaram as principais posições defendidas pela doutrina desde então:

> Welzel y Helmuth Mayer siguieron el concepto de Binding, que identifico el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito. Por outra, os neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, continuaron en cierta forma el planteamiento de Von Liszt, al remitir a una realidad externa al derecho positivo. Pero en lugar de acudir al terreno de lo social, se traslado el problema al mundo espiritual de los valores.[128]

O autor conclui ainda que se deve rechaçar o ponto de vista neokantiano de tratar a problemática do bem jurídico no "mundo do espírito", pois uma concepção político-criminal, dotada de intenção limitadora, deve partir do princípio de que só pode ser considerado bem jurídico o objeto de proteção jurídico-penal, aquele que seja necessário para subsistência da sociedade, em certas condições.[129]

A doutrina formulou variados conceitos quanto ao bem jurídico, como ensina Renato de Mello Jorge Silveira, alternando sua relevância desde os entendimentos extremados, de ser ele interesse vital do ser humano ou da comunidade, até outros menos radicais, éticos-valorativos, de utilidade marginal, disponíveis ou não. Para o autor, inegável é seu entendimento no sentido de limitação do poder punitivo estatal,[130] com a

---

[127] Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2003. p. 113.
[128] Ibid. p. 114.
[129] Ibid. p. 116.
[130] A esse respeito, cumpre transcrever reflexão realizada por Janaína Conceição Paschoal: "[...] seja tratado sob um ponto de vista eminentemente formal, ou precipuamente material, o instituto do bem jurídico penal é majoritariamente identificado como limite ao Direito Penal." Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 49.

análise da adequação da forma de Estado em que se situe o bem jurídico e sua ingerência no Direito Penal.[131]

O pensamento jurídico moderno, como ensina Luiz Regis Prado, reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade – norteada pelos princípios fundamentais da personalidade e individualização da pena, da culpabilidade, entre outros, pelo império da lei formal.[132]

Como expressão do objeto de proteção legal, o bem jurídico apresenta a chave de interpretação e a base de sistematização da parte especial. No entanto, como ensina Santiago Mir Puig, não pode limitar-se a cumprir apenas essa função metodológica. Para o autor, tal conceito, capaz de limitar o legislador, não deve ser buscado na realidade naturalística, nem em uma valoração subjetiva-moral, mas, sim, no "terreno" social, definindo-o, em uma perspectiva funcionalista, como: "las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamento de los sistemas sociales".[133]

Além disso, para evitar uma concepção pouco respeitosa com o indivíduo, que o contemple apenas sob a perspectiva de sua utilidade social, o autor aduz que tais condições devem se traduzir em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interação e comunicação social.[134] Destarte, na medida em que se refere ao bem jurídico como possibilidade de participação do indivíduo, é preciso acrescentar uma fundamentação política que parta de um Estado democrático a serviço do cidadão, tendo como limites, por exemplo, o principio da legalidade.[135]

No início do Século XXI, com o desmantelamento das ideologias e a fluidez da sociedade, tornou-se de grande dificuldade para o direito tutelar as relações sociais e expectativas de comportamento, no âmbito de uma sociedade de risco.

---

[131] Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.
[132] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.
[133] Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2003. p. 123.
[134] Ibid. p. 123.
[135] Ibid. p. 124.

Na sociedade complexa em que se vive, a tutela do Direito Penal passou a estender-se para o campo dos interesses transindividuais, com a criminalização de condutas que atentam contra o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública, as funções da administração pública, o sistema monetário, o sistema de economia etc.

Nesse diapasão, Renato de Mello Jorge Silveira assevera que os novos bens difusos ou supraindividuais são detentores de uma complexidade extremamente maior que os bens de cunho simplesmente individual.[136] A tutela jurídica dos interesses difusos, bem como a nova criminalidade, requerem, indubitavelmente, profunda reflexão. Deve ser tomada cautela, porém, a fim de evitar reflexões passionais ou desvinculadas de profundidade científica, considerando-se, principalmente, a amplitude dos riscos das sociedades modernas, bem como a nova criminalidade, que está não só a transformar o Direito Penal, como também a própria ideia de sociedade.[137]

O constituinte brasileiro inovou com relação à resposta jurídica às agressões ao ambiente. O parágrafo 3º do artigo 225 da lei fundamental apresentou uma determinação particular, em que se prevê explicitamente a cominação de sanções penais e administrativas, aos sujeitos que eventualmente causem lesão ao referido bem.[138] Desse modo, como afirma Luiz Regis Prado, não se limita simplesmente a fazer uma declaração formal de tutela do ambiente, mas, ainda, estabelecer a imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional.[139] Para o autor, assinala-se a

---

[136] Renato de Mello Jorge Silveira. As duas faces de Janus: a criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental. In: Sérgio Salomão Shecaira (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. p. 301.

[137] Id. *Direito penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

[138] Veja-se, por exemplo, a crítica apresentada por Janaina Conceição Paschoal: "no Brasil, talvez em função de a Constituição Federal trazer em seu bojo diversas determinações expressas de criminalização, a *certeza* relativa a sua obrigatoriedade é ainda mais difundida." Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 81.

[139] No mesmo sentido Ivete Senise Ferreira aduz que: "a imposição de medidas coercitivas de natureza penal aos infratores das normas de proteção ambiental foi expressamente recomendada no parágrafo 3º do art. 225, sugerindo a construção de um sistema jurídico que defina com clareza e precisão as condutas delituosas e suas respectivas sanções, além das providências de ordem administrativa e civil na reparação do dano. Ivete Senise Ferreira. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 74.

necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou mandato expresso de criminalização.[140]

A compreensão da Constituição como fundamento do Direito Penal, e não apenas como seu limite, com a indicação do que o legislador "deve" criminalizar, traduz as determinações expressas de criminalização como obrigatórias. Este entendimento, como aduz Janaína Conceição Paschoal, parece ser incompatível com os ditames de um Direito Penal de *ultima ratio*.[141]O princípio *ultima ratio*, ou da intervenção mínima, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.[142]

O patrimônio ambiental cultural integra o chamado "meio ambiente cultural". Mas, diferente da previsão do parágrafo 3º do art. 225 da Constituição, após definir o patrimônio cultural no art. 216, o constituinte pátrio assinalou, no parágrafo 4º do citado artigo, que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei, sem referência à sujeição dos infratores a sanções penais. No mesmo sentido, a lei fundamental espanhola, em seu artigo 46, ao abordar a conservação do patrimônio cultural, assevera que a lei penal "deverá" sancionar os atentados contra este patrimônio.[143]

Juan José Gonzáles Rus, ao abordar o mandato expresso de criminalização do patrimônio ambiental cultural na Constituição Espanhola, entende que tal determinação não é incompatível com o princípio da intervenção mínima.[144]

---

[140] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

[141] Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 77.

[142] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

[143] Artículo 46. Conservación del patrimonio artístico – 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.
ESPANHA. Constituição. Disponível em: <http://www.la-moncloa.es/Espana/ElEstado/ LeyFundamental /titulo_primero.htm>. Acesso em: 06 de out. 2009.

[144] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 35.

Para o autor, deve-se ter em conta a definição das condutas puníveis, que unicamente devem comprender os atentados mais graves ao patrimônio cultural, bem como a própria delimitação dos objetos protegidos. Dessa forma, o conceito de patrimônio cultural penalmente tutelado não coincide necessariamente com sua definição administrativa.[145] Isto porque a formulação incondicionada da parte final do artigo 46 da Constituição Espanhola de nenhum modo pode ser interpretada no sentido de que todos os atentados ao patrimônio cultural devem ser sancionados pela lei penal, tampouco permite a conclusão de que todos os elementos integrantes do patrimônio ambiental cultural devem ser objeto da tutela jurídico-penal.[146]

Janaina Conceição Paschoal aduz que a previsão de certo bem jurídico, no âmbito constitucional, não é bastante para determinar a sanção criminal de condutas perpetradas contra ele:

> Mesmo lidando com essa noção de necessidade, ou seja, mesmo condicionando a criminalização à verificação da necessidade de tutela penal, tem-se que, ao se tomar a Constituição como fundamento do Direito Penal, segue-se para sua maximização e não para sua minimização, pois, como já afirmado, toda aparente necessidade de proteção penal desencadeará um levante pela efetivação do 'direito' à criminalização, quando, na verdade, o texto constitucional traz apenas uma possibilidade de criminalizar.[147]

Como observa Juan José Gonzáles Rus, a menção ao patrimônio cultural utilizada pela Constituição, a exemplo da espanhola, não se aplica em sentido técnico, mas apenas como referência genérica, com a qual se alude ao conjunto de bens que têm em comum a presença de um valor cultural objetivo.[148] O autor entende que o mandato constitucional de criminalização ao patrimônio cultural, previsto na Constituição espanhola, não é arbitrário, uma vez que a importância social de tal patrimônio é indiscutível, tendo em vista que se materializa como indício da identidade da cultura e da civilização nos quais os povos se

---

[145] No mesmo sentido, Felipe Renart García assevera que para um objeto ser considerado como patrimônio histórico, cultural ou artístico devem ser analisadas as qualidades do bem, e não o fato de ter sido declarado como tal pela administração, ou pelo detentor de sua titularidade. Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário,* Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 33.

[146] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 35.

[147] Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 74-75.

[148] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida…, cit. p. 35.

reconhecem e, ainda, a proteção e atenção que recebe demonstram a cultura, educação e grau de desenvolvimento de uma sociedade.[149]

Com efeito, Janaina Conceição Paschoal assevera que, tomada a Constituição Federal como limite único do Direito Penal, permite-se ao legislador, antes de socorrer-se da tutela penal, utilizar outros meios de proteção, buscando o Direito Penal apenas quando todos os outros recursos hajam falhado, por aplicação do princípio da subsidiariedade. De outro modo, como afirma a autora, quando se parte da Constituição como fundamento do Direito Penal, como norma que indica as condutas a serem criminalizadas, permite-se cobrar do legislador uma postura tendente a efetivar a proteção criminal, muitas vezes não adequada e efetiva como a tutela prevista por outros ramos do ordenamento jurídico.[150]

Outrossim, o chamado "mandato expresso de criminalização", previsto no art. 46 da Constituição Espanhola, como alerta Juan José Gonzáles Rus, deixa aberto uma via de compatibilidade, respeitando-se o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, como o reconhecimento da capacidade do legislador ordinário para decidir quais elementos integrantes do patrimônio cultural devem ser penalmente protegidos e quais atentados podem ser penalmente sancionados, ao afirmar que: "solo los bienes de mayor relevancia y los comportamientos más graves han de integrar um ilícito penal".[151]

É importante ressaltar que a lei fundamental pátria é apenas um limite negativo ao direito penal. Como afirma Janaína Conceição Paschoal: "se subsidiariedade, fragmentaridade, ofensividade e necessidade são princípios informadores do Direito Penal, devem ser aplicados a todas as normas que lhe digam respeito", sem a possibilidade de exceções, em virtude de posicionamentos exclusivamente formais.[152]

Nesse diapasão, Juan José Gonzáles Rus conclui que os elementos integrantes do patrimônio cultural constituem um extraordinário legado da história, os quais os homens têm o direito de conhecer e a obrigação de preservar para transmissão às gerações

---

[149] Ibid. p. 35.
[150] Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.
[151] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 42.
[152] Janaina Conceição Paschoal. *Constituição...*, cit. p. 85.

futuras.[153] A menção, na Constituição, da sanção penal como resposta aos atentados contra o patrimônio cultural, como é o caso da Constituição Espanhola, ou da menção ao meio ambiente, como o faz a Constituição pátria, não condiciona ao tratamento sistemático das figuras penais que se dediquem à proteção do patrimônio cultural. Em todo caso, como afirma o autor: "el tratamiento penal debe considerar más relevante el valor cultural de la cosa que el econômico".[154]

Destarte, não existe a obrigatoriedade de criminalização de condutas que ameacem ou lesionem bens jurídicos, mesmo com determinação expressa na Constituição Federal, como é o caso do meio ambiente, sobretudo, na sua espécie cultural, representada pelo patrimônio ambiental cultural.

1.4.2. O bem jurídico-penal: caracterização

O conteúdo material da proteção do patrimônio cultural é dado por um bem jurídico que se apresenta em um interesse geral e não individual. O fundamento da tutela não se encontra, pois, no desejo de estabelecer-se uma nova proteção do proprietário, mas de possibilitar e permitir o acesso e a participação cultural dos cidadãos. Trata-se, dessa forma, de um bem jurídico cuja titularidade corresponde à sociedade em seu conjunto, e não aos proprietários dos bens de valor histórico, artístico ou cultural.[155]

Por isso, pode-se afirmar, com Juan José Gonzáles Rus, que o sentido participativo apresentado pelo bem jurídico obriga a considerar os termos concretos da regulação penal, desde a perspectiva da função e utilidade cultural ou social que cumprem determinados bens, entre os quais se inserem os que integram o patrimônio cultural. O autor propõe que não se pode identificar de forma automática a função cultural ou social do bem e a proteção penal do patrimônio cultural, pois não são todos os casos nos quais se afete a

---

[153] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida…, cit. p. 40.
[154] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 35.
[155] Ibid. p. 36.

utilidade cultural ou social de um objeto, o qual lesionará o interesse que sustenta a proteção penal do patrimônio cultural.[156]

Juan José Gonzáles Rus esclarece que o fundamento para a coexistência sobre uma mesma coisa de um interesse geral e de um direito real limitado por aquele, encontra-se na função social da propriedade,[157] ainda mais que na teoria dos bens culturais. Dessa perspectiva devem ser interpretadas as figuras delitivas que tutelam o patrimônio cultural, em particular, nos casos em que o tipo básico possa levar em conta a situação do titular do domínio e a agravação do interesse geral tutelado.[158]

A natureza delitiva dos danos ao meio ambiente caracteriza-se claramente mediante sua integração ao Direito Penal, mediante sanções impostas aos que ofendem tal bem jurídico. Bernd Schünemann defende que a civilização moderna, e com ela, a humanidade, não poderá sobreviver sem um duplo controle do aproveitamento do meio ambiente. Nesse sentido, aponta o autor, um primeiro nível de controle constituído, desde logo, pela Administração, sendo indispensável que tal nível seja seguido por outro adicional e eficiente, que só poderá ser assumido pelo Direito Penal.[159]

Alicia Rodrígues Núñez observa, ademais, que:

> La opinión generalizada en la doctrina es que el ámbito natural de protección de los bienes culturales corresponde al Derecho Administrativo mientras que el Derecho Penal debe actuar sólo en los casos de atentados más graves, pero no en

---

[156] Ibid. p. 36.

[157] Com esse entendimento, em seu *Comentários ao Código Penal*, Nélson Hungria já tratava do dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, aduzindo que: "A propriedade, atualmente, já não reveste o cunho romanístico de direito soberano e discricionário, compreensivo até mesmo de quase ilimitada *facultas abutendi*. Foi-lhe reconhecida, até certo ponto, uma como *função social*, não podendo o direito correspondente ser exercido contra o interesse coletivo. No sentido de vinculá-la ao *bonum commune omnium*, criaram-se-lhes múltiplas restrições, que chegam a assumir, por vezes, o caráter de autênticas *servidões legais*. Entre tais restrições se inclui a concernente aos bens de relevante valor estético ou histórico, sejam produzidos pelo homem, sejam naturais. Em todo o mundo civilizado, a partir, principalmente, do começo deste século, operou-se um crescente movimento de opinião no sentido da especial tutela de tais bens, cuja preservação atende ao interesse geral da educação e do culto às coisas belas. Até mesmo um interesse *econômico* coletivo se reconhece na espécie, pois a curiosidade ou atração provocada pelas obras de arte, antiguidades e belezas naturais, fomenta, em cada país, e internacionalmente, o pródigo turismo". *Comentários ao Código Penal*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 110.

[158] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 36.

[159] Bernd Schünemann. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: Carlos Simón Bello Rengifo; Elsie Rosales (Org.). *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis.* vol. 2. Caracas: Intertextos Consultores, 1998. p. 370.

> sustitución de la ineficacia de las normas administrativas. El principio de mínima intervención, que rige la aplicación del Derecho penal, implica que éste debe reservarse para los hechos que lesionan más profundamente la convivencia social.[160]

Duas correntes podem ser apontadas na doutrina com relação ao bem jurídico protegido nos crimes contra o meio ambiente: a corrente ecocêntrica e a corrente antropocêntrica.

A corrente de caráter ecocêntrico contempla o meio ambiente como um bem jurídico de natureza coletiva ou transindividual, com autonomia em relação a determinados bens jurídicos individuais. Dentro desta orientação existem duas opiniões distintas, quais sejam, a majoritária, que defende a proteção do meio ambiente segundo as funções que cumpre para o desenvolvimento da vida humana sobre a terra, e outra minoritária que, abstendo-se de qualquer referência antropocêntrica na delimitação do bem jurídico, define a proteção do meio ambiente por si mesma.[161]

Juarez Tavares defende que a teoria do delito deve fundar-se no antropocentrismo, fundamentado na proteção do meio ambiente a partir da pessoa. O autor esclarece que o bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, entendido como um valor que se incorpora à lei como seu objeto de preferência real, constituindo o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual, obrigatoriamente, devem referir a ação típica e demais componentes. Nesse sentido, aduz que:

> [...] sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal.[162]

---

[160] Alicia Rodrígues Núñez. Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, v. 2, mar. 2000. p. 404.

[161] Maria Carmen Alastuey Dobón. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

[162] Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198-199.

Conclui o autor que o bem jurídico, na qualidade de valor inserido no amplo aspecto da finalidade do ordenamento jurídico, cumpre a função de proteção, não dele próprio, mas, sim, da pessoa humana, que é o objeto final de tutela da ordem jurídica. Destarte, "isto significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor".[163]

Para Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa, a corrente antropocêntrica apresenta-se, aparentemente, como a única que se coaduna com um modelo de Estado focado no ser humano, bem como com um direito penal mínimo e subsidiário. Os autores asseveram que "a concepção antropocêntrica é plenamente harmônica com a Costituição Federal, que trata o ambiente como um direito social do ser humano".[164]

Nesse diapasão, Luis Regis Prado afirma que se deve refutar, na identificação do bem jurídico, a identificação com tudo que envolve o homem, aceitando-se como correta, particularmente na seara penal, a concepção intermediária, isto é, fundamentalmente física ou biológica e moderado antropocentrismo.[165] O autor destaca que o delineamento do bem jurídico exige o reconhecimento dessa perspectiva de cunho naturalístico que aglutina os fatores configuradores de um ecossistema entre diferentes grupos de organismos, com suas respectivas condições biológicas reais de convivência. Dessa forma, coloca-se de lado toda a problemática urbanística e do patrimônio cultural, como exemplo, evitando-se a criação de um macroconceito, com a fixação, em termos jurídicos, do estritamente ambiental.[166]

Helena Regina Lobo da Costa defende que o meio ambiente pode constituir um bem jurídico-penal, desde que se configure como elemento essencial para o desenvolvimento da pessoa e seja concebido de forma concreta. A autora assevera caracterizar-se o bem jurídico em "um substrato material necessário a qualquer tipo penal,

---

[163] Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199.

[164] Eduardo Reale Ferrari; Helena Regina Lobo da Costa. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: Alamiro Velludo Salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 245.

[165] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

[166] Ibid. 127.

mas insuficiente para sua legitimação. Os demais princípios fundamentais do direito penal também precisam ser analisados para se verificar a legitimidade da intervenção penal”.[167]

Juan José Gonzáles Rus assevera que o patrimônio cultural constitui um bem jurídico suscetível de tutela penal, independente do conteúdo ideal de valor que integra o conceito de bem jurídico, pois concretiza-se em bens materiais, diretamente lesionáveis (lesão materialmente constatável e perceptível diretamente pelos sentidos), e não são pura criação formal do direito, tendo em vista sua preexistência à intervenção sancionatória penal.[168]

O autor busca esclarecer a diferença entre a natureza de um bem de interesse geral e um bem coletivo ou difuso, ao fundamentar que, dentre os vários critérios propostos para diferenciar uns e outros, é mais definitivo o que identifica que o interesse geral é por sua natureza indivisível, ao passo que os interesses difusos ou coletivos podem fragmentar-se na pluralidade de situações subjetivas que os integram.

Juan José Gonzáles Rus passa, então, à análise do interesse que se tutela ao prestar proteção ao patrimônio cultural, como um bem de natureza geral e não coletiva, na medida em que não pode ser fragmentado, de forma que, se não for objeto de proteção penal em si mesmo, não haverá possibilidade alguma de tutela. Como argumento contrário, cita o autor que, se o patrimônio cultural não for objeto penalmente tutelado, todo e qualquer atentado contra tal patrimônio seria sancionado por meio dos delitos contra a propriedade correspondente. Porém, com a aplicação do delito patrimonial, não se contemplaria mais que a lesão do direito patrimonial afetado, sem a compreensão da possibilidade de gozo dos bens culturais por todos os cidadãos, que é, de fato, o real sentido da proteção do patrimônio ambiental cultural.[169]

Felipe Renart García aponta que, sendo o patrimônio cultural bem jurídico protegido, pode-se conduzir ao equívoco de pensar que a norma penal está unicamente

---

[167] Helena Regina Lobo da Costa. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese (Doutorado em Direito Penal). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 34.

[168] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 40.

[169] Ibid. p. 55.

tutelando o aspecto material dos bens que o compõem, em detrimento da função social e cultural que exercem. O autor afirma que as condutas de dano tipificadas para a proteção de tal patrimônio não existem por sua exclusiva afeição pelo valor material do bem tutelado, mas por sua grave incidência na função social e cultural que os referidos bens desempenham.[170]

O autor considera que não é o objeto em si que merece a proteção, mas o valor imaterial de cultura ali ínsito. Nesse sentido, não são os objetos que devem ser tutelados por si mesmos, e sim pelo que representam ou incorporam a serviço da cultura, no progresso dos indivíduos. Deste modo, a lesão ao bem jurídico materializa-se, como aduz o autor: "a partir del instante en que, a resultas del acto lesivo sobre el objeto material, el bien cultural se ve imposibilitado de ejercer su función vehicular de acceso a la cultura y, con ello, su esencial contribución al desarrollo de la personalidad".[171]

Para Felipe Renart García a afetação material do bem não supõe, em todo caso, e necessariamente, um menosprezo de sua função cultural. Como consequência, uma eficaz proteção penal dos bens culturais requer o atendimento, de forma prioritária, da utilidade e destinação deles, em função de seus benficiários, ou seja, a coletividade em seu conjunto, e não dos titulares, públicos ou privados, de tal direito.[172]

Inês Horta Pinto afirma que o Direito Penal Ambiental será legítimo apenas se novos fenômenos sociais tornarem autônomo um bem jurídico a que se reconheça, simultaneamente, dignidade penal e carência de tutela penal.[173] A carência de tutela penal, como assevera a autora, reside na construção das normas penais de proteção ao patrimônio cultural, com o respeito ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, e ainda, pelo fato da proteção penal do ambiente cultural não se caracterizar pela inversão do princípio da *ultima ratio*.[174]

---

[170] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário,* Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 25.
[171] Ibid. p. 26.
[172] Ibid. p. 26.
[173] Inês Horta Pinto. Direito Penal do ambiente: complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação. In: José de Faria Costa; Marco Antonio Marques da Silva (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão luso-brasileira*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. p. 1.091.
[174] Ibid. p. 1.091.

As normas de direito que veiculam a proteção penal do patrimônio cultural representam uma disposição legal baseada em um fato de ordem cultural, na possibilidade de todos os cidadãos usufruirem os bens culturais, e visam resguardar o valor cultural existente nesses bens, apresentado-se de forma objetiva a sua relevância social para o desenvolvimento do ser humano.[175]

A intervenção jurídico-penal no âmbito da proteção do patrimônio ambiental cultural, da forma como foi produzida na Lei dos Crimes Ambientais, com a construção de tipos penais em branco, com elementos normativos, enseja grandes questionamentos sobre a concretização do bem jurídico-penal tutelado e do risco penal relevante, o que pode levar ao entendimento de violação do princípio da proporcionalidade. Todavia, é possível proceder de forma interpretativa, tratando de adequar os tipos penais existentes às exigências materiais que a Constituição impõe para intervenção do Direito Penal.[176]

Destarte, identifica-se a recente preocupação por parte da sociedade na preservação de valores afetos à cultura brasileira, nas suas mais diversas modalidades e formas de expressão. O patrimônio ambiental cultural apresenta dignidade penal, por ser um complexo de bens culturais que representam o valor de nossa civilização, existentes, de forma particular, na sociedade brasileira, valor este presente na lei fundamental pátria, merecedor de plena proteção por parte do Estado e da própria comunidade.

Assim, considera-se o patrimônio ambiental cultural um bem jurídico-penal que apresenta seu substrato material em bens culturais passíveis de lesão direta, não só pelo seu valor patrimonial, mas, ainda, pelo seu valor cultural objetivo, digno de ser preservado e usufruido pela sociedade.

---

[175] Nesse sentido apresentam-se as lições de Miguel Reale e sua teoria tridimensional, destacando-se, ainda, que: "[...] tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados, mas coexistem numa unidade concreta; [...] mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram". Miguel Reale. *Lições Preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65-66.

[176] Tal posicionamento tem por base os apontamentos de Jesús-María Silva Sánchez ao tratar dos delitos urbanísticos previstos no ordenamento espanhol. Jesús-María Silva Sánchez. Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, v. 6, jul./set. 1998. p. 23.

2. O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

2.1. A legislação penal ambiental

2.1.1. Antecedentes históricos da proteção do patrimônio ambiental cultural

O movimento de preservação do patrimônio cultural surge do ponto de vista mundial no início do século XIX, na França, como fruto da revolução, que nos seus momentos mais radicais levou à depredação e destruição de importantes bens arquitetônicos e artísticos.[177] A origem da legislação protecionista em Portugal, como aponta Ângela Silva, data de 27.8.1721, quando, por alvará, D. João proibiu que qualquer pessoa desfigurasse ou destruísse, no todo ou em parte, qualquer edifício que mostrasse dos tempos dos fenícios, gregos, romanos, godos ou arábicos.[178]

No Brasil, o primeiro sinal dessa preocupação surgiu quando D. André de Melo e Castro, Conde de Galveias, em 1742, expediu o primeiro ato protecionista, depois de tomar conhecimento de que o Palácio de Duas Torres, em Pernambuco, seria transformado em quartel, além de tomar outras decisões que ameaçavam o patrimônio cultural daquele Estado.[179] A Constituição de 1824 nada mencionava a respeito do tema e consagrava o direito de propriedade praticamente ilimitado, o que inviabilizava qualquer iniciativa protetiva.[180]

Sendo a norma jurídica o reflexo das aspirações e dos ideais de uma sociedade, foi certamente com a Proclamação da República que, lentamente, o sentido de valorização do

---

[177] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, v. 7, abr./jun. de 1999. p. 95.

[178] Ângela Silva. O impacto da mineração sobre o patrimônio histórico-cultural de Ouro Preto e Mariana. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, 2005. p. 151.

[179] Ibid. p. 151.

[180] Ibid. p. 96.

bem público se exacerbou.[181] Com o advento da República, não foi no Código Penal[182], nem na Constituição de 1891, que se inaugurou o tema do meio ambiente, mas no Código Civil de 1917, o qual deu aos bens ambientais um tratamento sob a ótica dos interesses privados,[183] adotando o princípio do exercício incondicionado da propriedade privada, criando óbices à criação de diplomas legais, em prol da preservação do patrimônio ambiental cultural.[184]

A proteção dos bens ambientais aparece, posteriormente, na legislação de cunho administrativo, a exemplo do Decreto n. 4.421, de 28.12.21, que criou o Serviço Florestal do Brasil, com o objetivo de conferir maior conservação dos recursos florestais, já considerados como bens de interesse público.[185] Nesse diapasão, algumas iniciativas estaduais tiveram mais êxito. Na Bahia, as Leis Estaduais n. 2.031 e n. 2.032, ambas de 08.08.1927, regulamentadas pelo Decreto Estadual n. 5.339 de 06.12.1927, criaram a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais. Em Pernambuco, a Lei Estadual n. 1.98, de 24.08.1928, autorizava a criação de instituição análoga. Em 12.07.1933, o Decreto n. 22.928 erigiu a cidade de Ouro Preto em Monumento Nacional.[186]

A Constituição de 1934 continha alguns dispositivos ambientalistas e foi a primeira a tratar especificamente da proteção do patrimônio cultural, ao definir, em seu art. 10, III, como competência da União e dos Estados, a tutela das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico ou artístico, além do exercício do poder para impedir a evasão de obras

---

[181] Ann Helen Wainer. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, 1996. p. 167.

[182] Tendo em vista a falta de um sentimento de cuidado e valorização dos bens culturais por parte da população e do Estado, o Código Penal Republicano de 1891, entre os crimes contra a propriedade, tutelava de forma mediata o meio ambiente cultural nos artigos 327 e 328, *in verbis*: "Título XII. Dos crimes contra a propriedade pública e particular. Capítulo I. Do dano. [...] Art. 327. Demolir, ou destruir de qualquer modo, no todo ou em parte, edifício concluído, ou somente começado, pertencente à nação, estado, municipio, ou à particular: Penas – de prisão celular por um a quatro anos e multa de 10 a 20% do dano causado. Art. 328. Destruir, abater, mutilar ou danificar monumentos, estátuas, ornamentos ou quaisquer objetos destinados à decoração, utilidade ou recreio público: Penas – de prisão celular por seis meses a dois anos e multa de 5 a 20% do dano causado". BRASIL. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil.* São Paulo: Teixeira & Irmão, 1891. p. 180.

[183] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, n. 7, abr./jun. de 1999. p. 81.

[184] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, v. 7, abr./jun. de 1999. p. 96.

[185] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal..., cit. p. 81.

[186] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução..., cit. p. 97.

de arte.[187] O primeiro Código Florestal foi editado também nesse período pelo Decreto n. 23.793, de 23.01.34, ano profícuo para a edição de normas de cuidado ambiental, que também viu surgir o Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10.06.34), e o Código de Caça (Decreto n. 24.645, de 10.07.34). O Código Florestal vinha trazer uma importante contribuição para a proteção jurídica do meio ambiente, tipificando as ofensas cometidas na utilização das florestas, classificadas em crimes e contravenções penais.[188]

Sobre a proteção do patrimônio cultural, dispôs a Constituição de 1937, em seu art. 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, ressaltando que os atentados contra eles eram equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.[189] Destaca-se, nessa época, a edição do Decreto-lei n. 25, de 30.11.1937, que versou sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e, em 1940, a promulgação da Lei das Contravenções Penais (Decreto n. 3.688, de 03.10.41) e de um novo Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 07.12.40), que pouca ou nenhuma atenção deu à tutela do meio ambiente.[190]

De certa forma, a Constituição de 1946 retrocedeu com relação à de 1937, pois a proteção do patrimônio cultural tornou-se norma meramente programática inserida no art. 175, segundo o qual as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficariam sob a proteção do Poder Público.[191]

Na década de 60 um novo Código Florestal foi instituído pela Lei n. 4.771 de 15.09.65 e, ainda, tutelou-se a fauna, com a edição da Lei n. 5.197, de 03.01.67, e a pesca, com o Decreto-lei n. 221, de 28.02.67.[192] Nesse período, observa-se a ampliação da proteção jurídica em matéria ambiental com a Lei n. 3.924, de 26.07.61, que estabeleceu a

---

[187] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, v. 7, abr./jun. de 1999. p. 97.

[188] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 26, n. 7, abr./jun. de 1999. p. 82.

[189] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução..., cit. p. 97.

[190] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal..., cit. p. 82.

[191] José Eduardo Ramos Rodrigues. A evolução..., cit. p. 98.

[192] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal..., cit. p. 82.

proteção dos monumentos arqueológicos e pré-históricos, instituindo meios de controle das escavações arqueológicas por meio do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Embora não apresentasse tipificação penal propriamente dita, a referida lei rezou no seu art. 5º que: "Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o art. 2º desta lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais".[193]

Com base no referido art. 5º, Ivete Senise Ferreira aduz que, com uma técnica confusa, o legislador remeteu a tutela penal do patrimônio cultural para órbita do Código Penal, em que então deveria ela ser buscada, evidentemente, entre os crimes patrimoniais, à falta de outros especificamente ambientais. Nesse sentido, essa tutela situou-se no Título II, Capítulo IV, do Código Penal, no qual se encontravam as diversas modalidades de dano, todas aplicáveis, embora a matéria fosse mais adequada aos dois tipos penais dos artigos 165 e 166,[194] que se referiam, respectivamente, ao dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico e à alteração de local especialmente protegido.[195]

A Constituição de 1967 repetiu a norma programática do texto constitucional de 1937, inovando no seu art. 172,[196] ao tratar, entre os bens sob proteção do Poder Público, das jazidas arqueológicas. A Emenda Constitucional n. 01/69 manteve a mesma redação do art. 172, apenas alterando sua numeração para 181.[197]

---

[193] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 26, n. 7, abr./jun. de 1999. p. 84.

[194] "Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
Alteração de local especialmente protegido
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".

[195] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal..., cit. p. 111.

[196] "Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único: Ficam sob a proteção especial do estado os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

[197] José Eduardo Ramos Rodrigues, A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, v. 7, abr./jun. de 1999. p. 98.

Posteriormente, a Lei n. 6.453, de 17.10.77, cuidou da responsabilidade civil por danos nucleares e da responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares. A proteção do patrimônio ambiental, natural e cultural, por atos relacionados com danos decorrentes de atividades nucleares encontrou guarida no art. 26 da referida lei, que tipificou a hipótese de omissão de normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, em que se exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de alguém.[198]

A Lei n. 7.347, de 24.07.85, tratou do patrimônio histórico, artístico, estético e paisagístico, instituindo a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e, embora apresente caráter processual, veio, com seus instrumentos, reforçar a tutela dos bens ambientais, além de prever como crime, no seu art. 10, o retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.[199]

O Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, de 28.10.1987, apresentou como proposta a criação de crimes contra o meio ambiente e o patrimônio cultural em seus artigos 401 a 416, e 417 a 419.[200]

Com disposições de caráter preventivo e de reparação do dano em relação aos bens culturais, a Lei n. 7.661, de 16.05.88, instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, como parte integrante da Política Nacional do Meio Ambiente, e estabeleceu, tendo em vista o zoneamento de usos e atividades na zona litorânea, a prioridade de conservação e proteção não somente para os recursos naturais da área, mas também para os sítios ecológicos de relevância cultural e monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étno, cultural e paisagístico.[201]

---

[198] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 26, n. 7, abr./jun. de 1999. p. 85.

[199] Ibid. p. 85.

[200] Helita Barreira Custódio, Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 6, v. 2, out./dez. 2004, 1997. p. 30.

[201] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal..., cit. p. 85.

O texto da Constituição de 1988 representou um avanço na proteção do patrimônio cultural brasileiro, dedicando toda uma seção e vários dispositivos para a matéria, especialmente seu art. 216. Nesse período encontra-se ainda o Decreto n. 95.733, de 12.03.1988, que tratou da inclusão, no orçamento, de projetos federais de recursos destinados a prevenir ou corrigir os prejuízos de natureza ambiental, cultural e social decorrentes da execução desses projetos e obras.

Na década de 90 outras normas foram produzidas com o escopo de proteção ao patrimônio ambiental cultural, como exemplos: a Lei n. 8.029, de 12.04.1990, sobre o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC; o Decreto n. 99.556, de 01.10.1990, sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no Território Nacional; a Lei n. 8.313, de 23.12.1991, sobre o PRONAC - Programa Nacional de Apoio à Cultura (Decreto n. 455, de 26.02.1992); o Decreto n. 1.874, de 22.04.1996, sobre a delimitação de área correspondente à primeira descrição geográfica do Brasil; e o Decreto n. 2.116, de 08.01.1997, sobre o valor do limite global das deduções do Imposto de Renda, relativas às doações e patrocínios em favor de projetos culturais.[202] Destaca-se nesse período a especial proteção por meio de normas incriminadoras de condutas lesivas ao meio ambiente, instituídas pela Lei dos Crimes Ambientais, a Lei n. 9.605/98.

Ao lado deste abundante conjunto de leis específicas sobre o meio ambiente, embora não exclusivamente penal, como afirma Ivete Senise Ferreira, subsistem e podem ser aplicados todos aqueles dispositivos que, tanto no Código Penal quanto na Lei das Contravenções Penais, podem ser referidos às ofensas ambientais, embora não tivessem sido imaginados para tal, constituindo um conjunto legislativo de proteção ambiental por extensão ou por interpretação, já que aí foram colocados pelo legislador com outros objetivos, sendo, no entanto, adequados à tutela do meio ambiente.[203]

Mesmo com esse amplo rol de normas editadas no intento de efetivar-se a proteção do patrimônio ambiental cultural, identifica-se, ainda, como aduz Ângela Silva, que o nível

---

[202] Helita Barreira Custódio, Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 6, v. 2, out./dez. 2004, 1997. p. 30.

[203] Ivete Senise Ferreira. A tutela penal do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, n. 7, abr./jun. de 1999. p. 86.

de conscientização da população sobre a importância do patrimônio cultural é baixo, principalmente entre aqueles imigrantes sem qualquer ligação com a cultura e as tradições históricas, os quais não se sentem beneficiários da preservação, da restauração e do salvamento dos bens. Falta, pois, educação conservacionista adequada.[204]

2.1.2. Notícias sobre a legislação estrangeira

Em muitos países encontra-se a definição de patrimônio cultural de forma clara na consciência popular, bem como a idéia de sua necessária proteção por parte da coletividade e do Estado. Nesse sentido, diversas normas foram produzidas com o escopo de proteger o patrimônio ambiental cultural, particularmente, normas incriminadoras específicas aos riscos a que estão expostos os bens portadores de identidade cultural, como expressão da própria sociedade e de cidadania.

O estudo da tutela penal do patrimônio cultural deve compreender não só a análise da legislação pátria sobre o tema, mas, ainda, a leitura dos diplomas legais de outros países sobre a questão, como forma de colaboração para a discussão da matéria no Brasil. Com a exposição da legislação a seguir, não se pretende esgotar a análise de todas as normas produzidas até o momento nos diversos países. Os documentos jurídicos a seguir tratados foram selecionados em virtude dos elementos de interesse que trazem a título de referência ao estudo.

Países como Uruguai, México, Chile e Alemanha adotaram a tutela penal do patrimônio cultural na esfera de ação do Código Penal, notadamente entre os crimes patrimoniais, nos quais se encontram as diversas modalidades de dano.

O Código Penal Uruguaio, instituído pela Lei n. 9.155, de 4.12.33, versou em seu Livro II, Título XIII, Capítulo VI, sobre os delitos contra a propriedade móvel e imóvel.

---

[204] Ângela Silva. O impacto da mineração sobre o patrimônio histórico-cultural de Ouro Preto e Mariana. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, 2005. p. 151.

Ele tratou da tutela penal do patrimônio cultural em seu art. 359,[205] no âmbito das circunstâncias agravantes do crime de dano previsto no art. 358, com a seguinte sanção: "[...] la pena será de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría". Nesse diapasão, no regime jurídico do Distrito Federal Mexicano, o novo Código Penal, de 16.06.02, trata do tema no Capítulo VIII, e dos danos à propriedade, em seu art. 241.[206]

No ordenamento jurídico chileno, essa mesma abordagem é encontrada no Código Penal aprovado pelo Decreto n. 663, de 30.07.99, no seu Título IX, § 10, referente às modalidades de dano, em seu art. 485, *in verbis*:

> Art. 485. Serán castigados con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales los que causaren daño cuyo importe exceda de cuarenta unidades tributarias mensuales: [...] 5.º En archivos, registros, bibliotecas o museos públicos. [...] 7.º En tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.[207]

No Código Penal Alemão, versa-se da tutela do patrimônio cultural em sua vigésima sexta seção – parte especial, no § 304 I, acerca dos danos materiais que prejudicam a comunidade, com a pena de privação de liberdade de até três anos ou com multa, para aquele que:

> […] dañe o destruya objetos de la veneración de una sociedad religiosa existente en el Estado, o cosas consagradas al culto divino, o monumentos funerarios, monumentos públicos, monumentos de la naturaleza, objetos del arte, de la ciencia o de la industria que sean conservados o expuestos en colecciones públicas, u objetos que sirvan al uso público o al embellecimiento de caminos, lugares o instalaciones públicas.[208]

---

[205] "Artigo 359 (circunstancias agravantes) [...] 2º Si el delito se cometiera sobre cosas existentes en establecimientos públicos, o que se hallaren bajo secuestro o expuestas al público por la necesidad o por lo costumbre, o destinadas al servicio público, o de utilidad, defensa, beneficencia o reverencia públicas". URUGUAI. *Código Penal de la Republica Oriental del Uruguay.* 6. ed. [S.l.]: Fundación de Cultura Universitaria, 2001. p. 171.

[206] "Artículo 241.- Las penas previstas en el artículo 239 de este Código, se aumentarán en una mitad, cuando por incendio, inundación o explosión, dolosamente se cause daño a: […] IV.- Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios, monumentos públicos y aquellos bienes que hayan sido declarados como patrimonio cultural; […] Cuando el delito se cometa culposamente, en las hipótesis previstas en este artículo, se impondrá la mitad de las penas a que se refiere el artículo 239 de este Código". MÉXICO. *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*. Disponível em: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2009.

[207] CHILE. *Codigo Penal: edición oficial, aprobada por Decreto n. 663 de 30 de julio de 1999 del Ministerio de Justicia.* [S.l.]: Editorial Juridica de Chile, 1999. p. 169.

[208] ALEMANHA. *Código Penal Alemán StGB, Código Procesal Penal Alemán StPO*. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p.165.

Outros países como Cuba, Colômbia, Peru, Espanha e Portugal, além das previsões de proteção previstas como crime de dano no Código Penal, criaram normas especiais, com tipos propriamente ambientais, para a tutela do patrimônio ambiental cultural, tanto no Código Penal como em leis extravagantes.

Analisando a abordagem legal cubana acerca da proteção do patrimônio cultural, destaca-se a Lei n. 62, de abril de 1989, que instituiu o Código Penal. O referido diploma normativo prevê, em sua parte especial, o Título VI, que trata, entre os artigos 243 e 247,[209] exclusivamente dos delitos contra o patrimônio cultural, com capítulos versando sobre os danos aos bens do patrimônio cultural, sobre a retirada ilegal do país de bens do patrimônio cultural, sobre a transmissão ilegal de bens integrantes do patrimônio cultural, da falsificação de obras de arte e, ainda, sobre a exploração arqueológica ilegal.

---

[209] "Titulo VI. Delitos contra el Patrimonio Cultural. Capitulo I: Daños a bienes del patrimonio cultural Articulo 243**.-** El que intencionalmente destruya, deteriore o inutilice un bien declarado parte integrante del patrimonio cultural o un monumento nacional o local, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas. Capitulo II: Extraccion ilegal del pais de bienes del patrimonio cultural articulo 244.1.- (Modificado) El que extraiga o intente extraer del país bienes integrantes del patrimonio cultural, sin cumplir las formalidades legales, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas. 2. Si los bienes sustraídos son de considerable valor para el patrimonio cultural del país la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años. Este artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G.O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, pág. 1). Capitulo III: Trasmision, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificacion de obras de arte La denominación de este capitulo fue modificada por el artículo 13 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G. O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, pág. 1). Articulo 245.1.- (Modificado) El que, sin cumplir las formalidades legales, realice cualquier acto traslativo del dominio o posesión de un bien integrante del patrimonio cultural, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, o ambas. 2. En igual sanción incurre el que, sin cumplir las formalidades legales, adquiera o tenga en su poder por cualquier concepto un bien del patrimonio cultural o que proceda de un inmueble declarado monumento nacional o local. Este artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G.O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, pág. 1). Articulo 246.1.- (Modificado) Se sanciona con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas el que, en perjuicio de su creador o del patrimonio cultural, falsifique una obra de arte o la trafique. **2.** Si como consecuencia de los hechos previstos en el apartado anterior se causa un grave perjuicio, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años. Este artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G.O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, pág. 1). Capitulo IV: Exploracion arqueologica ilegal **A**rticulo 247.- El que, sin autorización del organismo estatal competente, realice trabajos materiales de exploración arqueológica mediante excavaciones, remoción de tierras u otros medios, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas". CUBA. *Codigo Penal*. Disponível em: < http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html#A11>. Acesso em: 22 de abr. 2009.

Na Colômbia, merece destaque o Código Penal, editado pela Lei n. 599, de 24.07.06, que tratou em seu Título VII,[210] referente aos delitos contra o patrimônio econômico, da tutela penal do patrimônio cultural, como circunstância agravante do delito de dano, em seu art. 359 No Título XI do referido Código, a lei trata, ainda, dos delitos contra os recursos naturais e o meio ambiente, destacando-se o art. 337.[211]

[210] "Artículo 265. Daño en bien ajeno. El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si se resarciere el daño ocasionado al ofendido o perjudicado antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, habrá lugar al proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento. Artículo 266. Circunstancias de agravación punitiva. La pena se aumentará hasta en una tercera parte, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: […] 4. Sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural, artístico, sobre bien de uso público, de utilidad social, o sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación". COLÔMBIA. *Código Penal*. 4. ed. Bogotá: Temis, 2006. p. 123.

[211] "Artículo 337. Invasión de áreas de especial importancia ecológica. El que invada reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una tercera parte cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente, sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que promueva, financie o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de ciento cincuenta (150) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes". COLÔMBIA. *Código Penal*. 4. ed. Bogotá: Temis, 2006. p.153.

Com relação à abordagem legal peruana sobre a tutela do patrimônio ambiental cultural, destaca-se o Decreto Legislativo n. 635, de 03.04.91, que apresentou o Código Penal. O referido Código destaca, para a proteção do patrimônio cultural, o art. 205,[212] como modalidade de dano e, ainda, o Título VIII, que trata, entre os artigos 226 e 231,[213] especificamente, dos crimes contra os bens culturais.

Tratando de forma abrangente as questões ligadas à proteção do patrimônio cultural, o Código Penal Espanhol, instituído pela Lei Orgânica n. 10, de 23.11.95, abordou tal temática no Título XVI, sobre os delitos relativos à ordenação do território e da proteção do patrimônio histórico e do meio ambiente. No Capítulo I do referido Título, a

---

[212] "Artículo 205.- Daño simple. El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Artículo 206.- Formas agravadas. La pena para el delito previsto en el artículo 205º será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas". PERU. *Codigo Penal*. 4. ed. Lima: E.I.R.L. p. 204.

[213] "Artículo 226.-Atentados contra monumentos arqueológicos. El que asienta, deprenda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa. Artículo 227.- Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos El que promueve, organiza, financia o dirige grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226º, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días- multa. Artículo 228.- Extracción ilegal de bienes culturales El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa [...] Artículo 230.- Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa. Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Unico de la Ley Nº 27244, publicada el 26-12-99. Artículo 231.- Decomiso Las penas previstas en este capítulo, se imponen sin perjuicio del decomiso en favor del Estado, de los materiales, equipos y vehículos empleados en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural, así como de los bienes culturales obtenidos indebidamente, sin perjuicio de la reparación civil a que hubiera lugar. Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Unico de la Ley Nº 27244, publicada el 26-12-99". PERU. *Codigo Penal*. 4. ed. Lima: E.I.R.L. p. 219.

lei tratou dos crimes sobre a ordenação do território em seus artigos 319 e 320,[214] e no Capítulo II dos delitos contra o patrimônio histórico, nos artigos 321 a 324.[215]

O legislador de Portugal reconheceu a necessidade da tutela do patrimônio ambiental cultural não só no Código Penal, mas, ainda, em norma específica sobre o tema. Nesse sentido, a Lei n. 107, de 08.01.2001, estabeleceu as bases da Política e do Regime de proteção e valorização do patrimônio cultural, asseverando que, para os efeitos da lei, integram o patrimônio cultural todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de

[214] "Artículo 319. [Supuestos] 1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Artículo 320. [Prevaricación de funcionario] 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 185.

[215] "Artículo 321. [Derribo y alteración de edificios singularmente protegidos] 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. Artículo 322. [Prevaricación de funcionario] 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Artículo 323. [Daños en instituciones y bienes] Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. En este caso, 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. Artículo 324. [Comisión imprudente de daños] El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a cincuenta mil pesetas, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, atendiendo a la importancia de los mismos". ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 187.

especial proteção e valorização e, ainda, aqueles bens imateriais que constituam parcelas estruturantes da identidade e da memória coletiva portuguesa.

A citada lei destaca um capítulo específico para tutela penal, ressaltando em seu art. 100 que se aplicam as disposições previstas no Código Penal aos crimes praticados contra bens culturais, com a aplicação das especialidades constantes na lei. O seu art. 101 descreve o crime de deslocamento, que pune a conduta de quem efetiva o deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, fora das condições referidas no artigo 48, cominando a pena de prisão até 3 anos ou pena de multa de até 360 dias. No art. 102 a lei trata do crime de exportação ilícita, nas formas de exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos números 2 ou 3 do artigo 65, apenado com prisão de até 5 anos ou com pena de multa de até 600 dias. No caso de negligência, o agente é punido com pena de prisão de até 1 ano ou com multa de até 120 dias.

Por fim, o seu artigo 103 trata do delito de destruição de vestígios, segundo o qual quem, por inobservância de disposições legal ou regulamentar, ou providências limitativas decretadas em conformidade com a referida lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, é punido com pena de prisão de até 3 anos, ou com pena de multa de até 360 dias.[216]

Finalmente, o Código Penal Português trata, em seu Título II, dos crimes contra o patrimônio. O seu art. 213 define um tipo qualificado de dano e prescreve que a pessoa que destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável monumento público ou coisa pertencente ao patrimônio cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação, será submetido a pena de prisão de até 5 anos, ou com pena de multa de até 600 dias. O art. 213 prescreve a pena de prisão de 2 a 8 anos para aquele que destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sob proteção oficial pela lei, que

---

[216] PORTUGAL. *Lei n. 107, de 08 de janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf3/l-102001/downloadFile/file/L_107_2001.pdf?nocache =1181840448.03 >. Acesso em: 22 de abr. 2009.

possua importante valor científico, artístico ou histórico, e que se encontre em coleção ou exposição públicas ou acessíveis ao público.[217]

Destarte, pelo exposto, mostra-se necessária a análise jurídico-penal acerca da proteção penal do patrimônio ambiental cultural, com o intuito de preservar, de forma eficaz, este bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da civilização e da identidade pessoal do indivíduo.

2.2. Os crimes contra o patrimônio ambiental cultural

Até 1998, antes da vigência da Lei n. 9.605, havia lacunas na proteção penal do patrimônio ambiental cultural, ante a falta de tipos penais específicos. A deficiência era, em parte, suprida pelo Código Penal, com a previsão do delito de dano.[218]

Muitas críticas foram formuladas à chamada *Lei dos Crimes Ambientais*. Luis Regis Prado assevera que, além de ser altamente abrangente e tecnicamente imprecisa, acaba por confundir os conceitos distintos de ambiente, ordenação do território e patrimônio cultural, que, a rigor, devem merecer tratamento diferenciado, como bens jurídicos penais autônomos.[219]

Destarte, como lembra Felipe Renart García, há um equívoco em considerar-se que a não aplicação dos tipos penais corresponde a um escasso número de atos lesivos contra o patrimônio cultural. A reduzida persecução penal para este tipo de condutas obedece a inúmeros fatores, que vão desde o escasso apego por parte da sociedade por nosso acervo

---

[217] PORTUGAL. *Código Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 135.

[218] Ivete Senise Ferreira. Proteção do meio ambiente urbano e cultural. In: Flávio Luiz Yarshell; Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 99.

[219] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 489.

cultural, até “la desidia institucional en denunciar determinados actos que debieran conducir, inexorablemente, al procesamiento de sus autores”.[220]

Reconhece-se, pois, que a proteção foi ampliada, atendendo à moderna concepção constitucional prevista no art. 216, com a criação de novos tipos legais, como pichar ou grafitar, prevista no art. 65 da norma, bem como a previsão da modalidade culposa de dano, prevista no parágrafo único do art. 62 da lei.[221]

A inserção de um capítulo especial na Lei dos Crimes Ambientais, com o destaque para proteção do patrimônio ambiental cultural, denota a autonomia desse bem jurídico, com a preocupação demonstrada pelo legislador em proteger interesses supraindividuais, de forma diversa da tutela anterior, por parte do Código Penal, que numa visão tradicional visava à proteção do patrimônio individual, em detrimento do interesse coletivo.

2.2.1. A Lei dos Crimes Ambientais

Aspecto positivo da lei de 1998 é que o patrimônio ambiental cultural, a partir daí, é algo distinto do bem jurídico *patrimônio*. Nesse sentido, Felipe Renart García defende a necessária superação da proteção do patrimônio individual, posto que:

> La creación de un capítulo independiente supone un paso adelante en la consideración correcta de este bien jurídico y responde a una aspiración ampliamente reclamada: la de considerar los bienes culturales como bienes jurídicos de carácter macrosocial que permiten la participación del individuo en el sistema y, por ende, independientes de la protección de las relaciones meramente patrimoniales.[222]

---

[220] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 31.

[221] Luiz Regis Prado; Erika Mendes de Carvalho; Priscila Kutne Armelin. Crimes contra o patrimônio cultural. *Ciências Penais*, São Paulo, n. 3, v. 4, jan./jun. 2006. p. 179-180.

[222] Felipe Renart García. Patrimonio histórico…, cit. p. 25.

2.2.1.1. A destruição, inutilização ou deterioração de bens culturais: o art. 62 da Lei n. 9.605/98[223]

2.2.1.1.1. O bem jurídico-penal

O tipo penal protege o patrimônio cultural, incluindo em sua conceituação o patrimônio histórico, artístico e arqueológico, com ênfase conferida aos arquivos, registros, museus, bibliotecas, pinacotecas, instalações científicas e outros bens especialmente tutelados por lei, ato administrativo ou decisão judicial.[224]

Encontra-se nos atentados ao patrimônio cultural uma dimensão social, representada pelos bens culturais que o compõem. Nesses casos, como aduz Juan José Gonzáles Rus, o desvalor próprio do atentado ao direito patrimonial afetado se une à lesão de dimensão geral do bem, o que outorga ao feito um maior conteúdo de injusto, sem prejuízo de reconhecer que a proteção do patrimônio cultural prévia à penal é mais intensa e eficaz do que em relação ao patrimônio privado.[225]

---

[223] "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 um a três anos, e multa.
Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa."

[224] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança - com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 494.

[225] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 41.

2.2.1.1.2. Os sujeitos do delito

Pode ser sujeito ativo do crime qualquer pessoa, física ou jurídica,[226] mesmo o proprietário do bem especialmente protegido. Sujeitos passivos são: a coletividade, a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Município) e, se for o caso, o proprietário do bem particularmente protegido.[227]

2.2.1.1.3. Tipicidade objetiva e subjetiva

Apresentam-se de forma alternativa os núcleos do tipo pelos verbos: *destruir*, que significa arruinar, demolir, assolar, devastar, extinguir; *inutilizar*, esse significa tornar inútil, eliminar a utilidade, tornar imprestável; e *deteriorar*, com o sentido de estragar, danificar, alterar, corromper, desfigurar. Trata-se de tipo misto alternativo, no qual o agente pode vir a praticar uma ou mais condutas típicas no mesmo contexto e contra idêntico bem, praticando, assim, um único crime.[228]

---

[226] Neste sentido, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 estabelece que: "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."

[227] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p . 495.

[228] Luciano Anderson de Souza. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: Alamiro Velludo Salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 277.

O inciso I do art. 62 tem por objeto material o bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.[229] Como reza o parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal, o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação a serem previstas. Diferentemente da desapropriação, que figura como restrição total do direito do proprietário, o tombamento constitui sempre restrição parcial, que incide sobre bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados.[230] Hely Lopes Meirelles conceitua o tombamento como: "a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio".[231]

---

[229] Nesse sentido, a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: "PENAL E AMBIENTAL. ARTS. 55 E 62, I DA LEI Nº 9.605/98. SUPRESSÃO PARCIAL DE GRUTA. RECONHECIMENTO LEGAL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL NACIONAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXTRAÇÃO DE MINÉRIO SEM AUTORIZAÇÃO DO DNPM. EXCESSO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE PESQUISA. I. Apelações dos réus (pessoa natural e pessoa jurídica) e do Ministério Público Federal em ação relativa à prática dos crimes previstos nos arts. 55 e 62, I da Lei nº 9.605/98. **II. O reconhecimento da gruta parcialmente suprimida pela ação dos réus como patrimônio cultural nacional, de acordo com os meios normativos previstos, é suficiente para a configuração objetiva do delito do art. 62, I da Lei de Crimes Ambientais, sendo impertinente a alegação de ser a proteção ao local ('Gruta do Vítor', em São Rafael/RN) baseada em crendices sem fundamentação fática. III. 'Em regra, não cabe a aplicação do princípio da insignificância jurídica em delitos ambientais, porquanto a ofensa ao bem jurídico tutelado não pode ser mensurado por critérios quantitativos, pois a potencialidade do ato atinge diretamente a higidez do meio ambiente, cuja preservação é salvaguardada pelo poder público para a presente e futuras gerações.'** (TRF/4ª Região, ACR nº 2005.71.00.016071-6, Oitava Turma, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 28/02/2007). IV. Redução do quantum da multa, para adequá-lo ao patamar de razoabilidade em virtude do tamanho da empresa e da manutenção de sua viabilidade econômica. V. Ainda que os autores detenham alvará de pesquisa da lavra expedido pelo DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral, a atividade que extrapole o limite imposto pela Administração e configure extração intensiva do minério da área configura a hipótese do art. 55 da Lei nº 9.605/98, não sendo o mencionado ato administrativo um salvo-conduto genérico para a atuação econômica dos particulares. VI. Apelação dos réus parcialmente provida, apenas para a redução da multa imposta. Apelação do MPF provida." (TRF – 5ª Região – 2ª Turma – ACR 200684020000400 – ACR 6054 – Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho – DJU 28/05/09, p. 306 – grifo nosso).

[230] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança - com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 495.

[231] Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 547. Já Celso Antônio Bandeira de Mello trata o instituto de tombamento como servidão administrativa, consistente no: "direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo". Nesse sentido, o autor define o tombamento como "uma intervenção administrativa na propriedade, destinada a proteger o patrimônio hisórico e artístico nacional, pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação. Tudo isto se o Poder Público não entender conveniente despojar, de vez, o *dominus* da senhoria sobre a coisa, desapropriando-a e adquirindo-a para si". Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 899.

Eladio Lecey aponta que o art. 62 da Lei n. 9.605/98 inovou ao prever que a especial proteção pode decorrer da decisão judicial, o que revela a possibilidade de o Judiciário definir políticas públicas, no caso, destinadas à tutela e preservação do patrimônio cultural.[232]

O autor questiona a abrangência do referido termo. Como a norma penal não o restringe, pode a declaração decorrer de qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença, liminar ou antecipatória. Tampouco indispensável o trânsito em julgado da decisão. A probabilidade de reforma de decisão judicial equipara-se à de anulação do ato administrativo instituidor da proteção, sendo que a admissibilidade da decisão não transitada em julgado estabelece simetria com a proteção decorrente do tombamento provisório, equiparado ao definitivo, conforme art. 10 do Decreto-lei n. 25/37.[233]

Um problema apontado pela doutrina é a indeterminação do "valor cultural" do bem, o que leva a uma grave insegurança jurídica. Ao analisar tal questão, em estudo sobre os bens protegidos nos delitos contra o patrimônio cultural do ordenamento espanhol, Alicia Rodríguez Núñez assevera que o juiz não deve suplantar a Administração em sua função de qualificar e controlar administrativamente o patrimônio cultural.[234] Tal função qualificadora corresponde exclusivamente à Administração, sendo que, se esta não inscrever "el bien en cualquiera de las múltiples categorías previstas el juez penal no debería pronunciarse sobre el especial valor cultural del objeto para fundamentar una mayor pena".[235]

---

[232] Tal entendimento apresenta-se no sentido de que o valor cultural do bem é um elemento normativo, pendente de livre valoração pelo Judiciário, que deve se orientar pelas normas administraivas existentes para dar guarida ao patrimônio cultural real, e não apenas ao oficial.

[233] Eladio Lecey. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei n. 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 12, jul/set. 2007. p. 46-47.

[234] Com entendimento contrário, a autora destaca as seguintes decisões das cortes espanholas: "STS de 12 de noviembre de 1991 – 'el precepto constitucional no exige la previa declaración administrativa y permite que se actúe la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad.' SAP Málaga de 13 de septiembre de 2000: 'la agravación se produce por el conocimiento del verdadero valor de los bienes sustraídos sin que sea necesaria una previa declaración administrativa sobre el valor cultural'." Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. rodapé – p. 20.

[235] Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 14.

Para a autora, o conceito de "bem cultural" é jurídicamente indeterminado e deveria concretizar-se com uma declaração formal da Administração, para preservar a segurança jurídica. Nesse sentido, a autora aponta que a jurisprudência espanhola se inclina por uma interpretação que favoreça os fins de conservação dos bens culturais, com a orientação aos tribunais que adotem critérios objetivos, notórios e indiscutíveis, segundo o senso comum da coletividade.[236]

Sobre tal problemática, na ótica do ordenamento espanhol, Felipe Renart García aduz que, se o legislador persegue uma proteção eficaz, afastada de qualquer simbolismo punitivo na tutela do patrimônio cultural, é necessário admitir que a declaração administrativa do interesse cultural, ou sua inclusão no inventário geral, não agrega nada ao bem em si, mas, apenas, dificulta o amparo real do patrimônio pretendido pela norma constitucional.[237]

Para o autor, a crítica sobre a insegurança jurídica, centrada na possibilidade de arbitrariedade judicial quanto à determinação do conteúdo do patrimônio cultural, parte de uma premissa errônea, segundo a qual o conceito jurídico indeterminado conduz, inevitavelmente, à arbitrariedade. Nesse sentido, um pensamento dessa natureza ignora que o reconhecimento do valor cultural do bem tem suporte em critérios objetivos – como o sentir da coletividade –, com o pertinente assessoramento de peritos sobre a matéria, e "la importante función indiciaria que las legislaciones internacional, estatal y autonómica están llamadas a desempeñar".[238]

A posição do autor é contrária à exigência de declaração administrativa, pois esta distorce e cerceia uma proteção real e efetiva do patrimônio cultural. Felipe Renart García aduz que:

> Una dependencia registral y administrativa puede abrir espacios de impunidad no autorizados por el tipo penal y dudosamente admisibles desde una perspectiva político criminal. El penalista debe tener presente, en suma, un concepto 'real' de bien histórico, normativamente vinculado a la legislación específica pero no

[236] Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário,* Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 20.
[237] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário,* Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 33.
[238] Ibid. p. 34.

> dependiente o por completo tributario de las decisiones administrativas o del alcance de los registros oficiales. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse la inseguridad jurídica que los conceptos valorativos encierran y la dificultad inicial del intérprete – huérfano, por lo general, de amplios conocimientos en la materia – para valorar el carácter cultural de un bien. Junto a la importancia instrumental de los informes elaborados por los peritos, la legislación administrativa aporta criterios indicativos de extraordinaria utilidad para determinar el alcance y contenido de los bienes culturales en el ámbito penal.[239]

O inciso II do artigo 62, por sua vez, protege especificamente os seguintes objetos materiais: *arquivo*, como lugar onde se guarda um acervo de documentos de verdadeiro interesse; *registro*, no sentido de livro especial onde se inscrevem ocorrências públicas ou privadas, ou, ainda, uma repartição ou cartório onde se opera tal atividade; *museu*, como local destinado ao abrigo, proteção de obras de arte, peças, coleções científicas, objetos antigos, entre outros de interesse histórico-cultural; *biblioteca*, composta por uma coleção de livros e documentos, de forma organizada, ou recinto onde se guardam esses objetos; *pinacoteca*, que constitui uma coleção de quadros ou museu exclusivamente dedicado à pintura; e *instalação científica*, tais como laboratórios e locais destinados à pesquisa e experimentos científicos; sem prejuízo de outros estabelecimentos similares protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial, constituindo, assim, norma penal em branco.[240]

Ressalte-se ser indispensável que o agente tenha consciência de que o local é especialmente protegido, pois, de forma contrária, responderá pelo dano, nos termos do art. 163, do CP.[241]

Sobre a caracterização do objeto material do delito, Felipe Renart García apresenta interessante exemplo para o delito de dano cultural previsto no art. 323 do Código Penal Espanhol de 1995,[242] que guarda simetria com o art. 62 da Lei Ambiental pátria.

---

[239] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 35.

[240] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 496.

[241] Ibid. p. 496.

[242] "Artículo 323. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. En este caso, 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." ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

O autor relata que a sentença de 22.01.98, do Tribunal Provincial de La Coruña, constitui um exemplo evidente de resolução errônea na interpretação de que o bem jurídico protegido nesse delito é exclusivamente o valor material do bem que integra o patrimônio histórico, no caso, o espanhol. Segundo consta dos autos, na localidade coruñesa de Valdoviño, às 02:45 horas do dia 20 de setembro de 1996, o acusado Jesús B. V. se apoderou de um martelo e ato contínuo se dirigiu para uma cruz, monumento em homenagem aos "caídos de España" (mortos na Guerra Civil Espanhola), e começou a golpear uma placa dedicatória ali existente, causando danos valorados na moeda local em 160.000 pesetas.

O Tribunal qualificou o ato como um delito contra o patrimônio histórico previsto no art. 323 do CP Espanhol de 1995. Na opinião do autor, e da escassa doutrina que se manifestou a respeito, o bem jurídico protegido é o valor que os bens de conteúdo histórico, cultural e artístico apresentam e a função sócio-cultural que esses desempenham, sendo evidente que os danos causados na citada "placa dedicatória" não afetam a função cultural do referido monumento, mas apenas a função informativa para a qual foi criada. Dessa forma, o autor defende o entendimento de que os danos causados no "suporte material", pelo seu alto valor econômico, devem ser caracterizados como delito de dano, previsto no art. 263 do Código Penal Espanhol,[243] sendo unicamente suscetível de constituir um delito contra o patrimônio histórico quando afetarem o valor e a função sócio-cultural deste bem.[244]

---

[243] "Artículo 263. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas." ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

[244] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 26.

Para efetivar-se a prova da materialidade do delito previsto no art. 62 da Lei Ambiental,[245] como aduz Luciano Anderson de Souza,[246] é indispensável a perícia, já que tal delito deixa vestígios.[247] Poderá, ainda, ser aproveitada a perícia realizada no inquérito civil ou na ação civil pública.[248]

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de realizar os elementos do tipo objetivo. Inovação da Lei n. 9.605/98 é a admissão, no parágrafo único do art. 62, da modalidade culposa, hipótese esta não adotada no Código Penal para o crime de dano. Diversas críticas foram tecidas por parte da doutrina contra tal tipo, destacando-se a abordagem realizada por Mohamad Ale Hasan Mahmoud.

O autor aduz que, se mesmo no âmbito do crime doloso já é por demais delicado o problema de se estabelecer a consciência da ilicitude sobre a tutela deste ou daquele bem do patrimônio cultural, este problema agrava-se ainda mais no plano do crime culposo. Como o patrimônio cultural é de titularidade indeterminada, não é porque uma autoridade

---

[245] Em sentido contrário, a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: "PROCESSUAL PENAL E PENAL. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. REJEIÇÃO. CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL (ART. 63 DA LEI No 9.605, DE 1998). EXAME DE CORPO DE DELITO. DISPENSABILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MATERILIDADE DO DELITO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. 1. Conforme entendimento do STF, havendo dúvida quanto à tempestividade do recurso apresentado pela defesa, deve-se decidir a favor de sua admissibilidade, tendo em vista o princípio da pluralidade dos graus de jurisdição. 2. A ausência de exame de corpo de delito, ainda que o crime tenha deixado vestígios, não torna nula a sentença condenatória, se esta teve como fundamento outras provas, como depoimentos de testemunhas, documentação fotográfica e confissão do réu, que foram suficientes para demonstrar a materialidade do delito. Precedente do STJ: Quinta Turma, RHC no 15.403/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28 abr. 2004, unânime, publicado no Diário da Justiça de 7 jun. 2004, p. 241. 3. **O fato de o imóvel encontrar-se em ruína, como asseverou o réu, não justifica a sua conduta de reformá-lo sem autorização da autoridade competente, uma vez que as modificações realizadas não se restringiram à manutenção da estrutura da casa, mas se destinaram também a sua ampliação. Além disso, nada impedia o réu de requerer a autorização do IPHAN antes de iniciar a obra.** 4. Apelação improvida." (TRF – 5ª Região – ACR 200183000193487 – 2ª Turma – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJU 22/09/04 – p. 701 – grifo nosso).

[246] Luciano Anderson de Souza. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: Alamiro Velludo Salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 279.

[247] Neste sentido, o art. 158 do Código de Processo Penal: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

[248] Neste sentido, o art. 19 da Lei n. 9605/98: "A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa. Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório."

pública resolveu atribuir proteção a um bem tido por "cultural", que tal fato gerará nos membros da sociedade a consciência de que se trata de algo merecedor de preservação.[249]

Para elucidar a inviabilidade do mencionado tipo penal culposo, Mohamad Ale Hasan Mahmoud dá o exemplo de uma pequena cidade, na qual a esposa do prefeito se considera uma grande escultora. Após terminar o que ela imagina ser uma "obra de arte", o prefeito, com a intenção de agradá-la, dispõe a estátua na praça central da cidade, instituindo um decreto para proteger tal "bem". Os cidadãos da pacata cidade, que sempre praticam esportes na praça, continuaram a fazê-lo, apesar de tal estátua atrapalhar um pouco, quando, em dado dia, durante uma partida de futebol, um sujeito além de errar o gol, de modo imprudente, danifica a mencionada escultura. Como o núcleo do crime culposo é a violação do cuidado objetivo necessário, cumpre perguntar sobre a diligência, naquelas circunstâncias, indagando o autor se a colocação daquela escultura na praça não gerou preocupação na população. Se a escultura não era cara aos munícipes, afirma o autor, isso não gerou o espontâneo acatamento do dever de cuidado.[250]

Nesse sentido, defende o autor que, independentemente do sítio da consciência da ilicitude, nos tipos em que houver elemento normativo do tipo, o valor do bem deve permear o espírito do agente tanto no crime doloso quanto no crime culposo. Dessa forma, aduz o autor, num país em que viceja a ignorância acerca do que seja culturalmente relevante, nada mais justo do que não punir o agente que culposamente danifica tais bens, sendo esta, a melhor saída em termos de realidade social, ou de política criminal.[251]

Tradicionalmente, o crime de dano somente é previsto na modalidade dolosa, ou seja, quando o agente tem a intenção de causar prejuízo.[252] Como exposto, a modalidade culposa deste crime, inserida no parágrafo único do art. 62 da Lei Ambiental, dificilmente resta caracterizada, em virtude da complexidade deste setor de proteção, e da problemática apreensão, por parte de nossa sociedade, da valoração existente nos bens culturais.

---

[249] Mohamad Ale Hasan Mahmoud. A fluidez do bem jurídico patrimônio cultural e o crime de dano ambiental culposo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 146, jan. 2005. p. 9.
[250] Ibid. p. 9.
[251] Ibid. p. 9.
[252] No ordenamento jurídico pátrio apresenta-se, ainda, a previsão de tipificação de dano culposo no art. 266 do Código Penal Militar, que prescreve a pena de detenção de seis meses a dois anos à prática, na modalidade culposa, dos delitos de dano previstos nos arts. 262, 263, 264 e 265 do referido estatuto punitivo castrense.

Destarte, não se apresenta adequada a tutela penal para o dano culposo a bens culturais, devendo tal modalidade de atentado permanecer apenas no âmbito de proteção civil e administrativa.

2.2.1.1.4. Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva destruição, inutilização ou deterioração do bem protegido, sendo a tentativa admissível na forma dolosa.

2.2.1.1.5. Pena e ação penal

A pena cominada no art. 62 é a de reclusão, de um a três anos, e multa, no caso do *caput*. Se o crime for culposo, como visto, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

A multa será calculada segundo os critérios do art. 49 do Código Penal. Todavia, com lembra Luiz Regis Prado, se revelada ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida, conforme a previsão do art. 18 da Lei Ambiental. O art. 27 da Lei n. 9.605/1998 prescreve que, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, somente poderá ser formulada se houver prévia composição do dano ambiental de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.[253]

---

[253] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 497.

A suspensão condicional da pena pode ser aplicada à hipótese do artigo 62, pois a condenação à pena privativa de liberdade prevista não ultrapassa o limite máximo de três anos.[254]

O art. 62 admite a suspensão condicional do processo, em razão da pena mínima abstratamente cominada ser igual a um ano, conforme a previsão do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, observando-se, como destaca Luiz Regis Prado, o disposto no artigo 28 da Lei Ambiental.[255] Nos termos do art. 26 da lei, a ação penal é pública incondicionada.[256]

2.2.1.2. A alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local protegido, sem a observância dos requisitos legais: o art. 63 da Lei n. 9.605/98[257]

2.2.1.2.1. O bem jurídico-penal

Esse tipo tutela o patrimônio cultural, em especial a integridade do aspecto de local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, protegendo o bem contra qualquer tipo de modificação.

---

[254] Neste sentido, o art 16 da Lei nº 9.605/98: "Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação à pena privativa de liberdade não superior a três anos."

[255] O art. 28 da Lei Ambiental prescreve que: "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 § 5° do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1° 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 § 1° 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."

[256] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 498.

[257] "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 um a três anos, e multa."

2.2.1.2.2. Os sujeitos do delito

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica,[258] mesmo o proprietário do local. Sujeitos passivos são a coletividade, o Estado e, secundariamente, o proprietário do local especialmente protegido.[259]

2.2.1.2.3. Tipicidade objetiva e subjetiva

O legislador sancionou a conduta representada pelo verbo *alterar*, no sentido de modificar, transformar, corromper, desfigurar ou mudar, aspecto ou estrutura de edificação ou de local especialmente protegido, como tal declarado por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão do seu valor cultural.[260]

Já o aspecto e a aparência previstos no tipo são o conjunto de características externas peculiares ao local.[261] Por estrutura entende-se a disposição e ordem das partes componentes de um conjunto, representado por uma edificação ou um local. Já edificação

---

[258] Neste sentido, o art. 3º da Lei n. 9.605/98: "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."

[259] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 499.

[260] Ibid. p 499.

[261] A decisão do Tribunal Reginal Federal da 4ª Região analisa a caracterização do tipo do art. 63 da Lei nº 9.605/98: "APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL. LEI Nº 9.605/98 - ART. 63. BEM PROTEGIDO. COLOCAÇÃO DE PLACAS COMERCIAIS. ALTERAÇÃO DO ASPECTO DA EDIFICAÇÃO. TIPIFICAÇÃO. 1. **A colocação de placas comerciais em prédio tombado pelo patrimônio histórico, desobedecendo a regulamentação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, altera o seu aspecto, pois lhe retira as características da época, modificando sua aparência. Incidência do art. 63 da Lei nº 9.605/98**. 2. **Comprova-se o dolo do réu pelo conhecimento das restrições legais, comprovado nos autos pela notificação extrajudicial e pela prova testemunhal, tendo o acusado mantido sua conduta de fixar placa comercial em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, desrespeitando a regulamentação do IPHAN**. 3. Apelação provida." (TRF – 4ª Região – 7ª Turma – ACR 200204010331629 – Rel. Des. Fed. José Luiz Borges Germano da Silva – DJU 16/07/03, p. 369 – grifo nosso). Esta decisão constitui um exemplo de interpretação equivocada, por parte da jurisprudência, de que o bem jurídico cultural protegido pelo tipo do art. 63 da Lei n. 9.605/98 é a simples alteração do aspecto da edificação. Ressalte-se que para a caracterização de tal delito, não deve ser considerada qualquer "alteração" do bem cultural protegido, mas, apenas, alterações substanciais capazes de descaracterizar o aspecto do bem tutelado, com reflexo no valor cultural ali existente.

é um edifício, prédio, obra, construção; enquanto local é o lugar, o sítio, que acolhe esse dispositivo não apenas a paisagem natural mas, ainda, monumentos construídos pelo homem, como museus, teatros, igrejas etc. Constitui elemento normativo do tipo a expressão "sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida", referente à ausência de uma causa de justificação. Presente a autorização, a conduta será atípica e lícita.[262]

Mister se faz que o aspecto ou estrutura da edificação ou local seja especificamente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em virtude de seu valor cultural, em sentido amplo.

Luiz Regis Prado afirma que os interesses descritos pelo legislador penal são os seguintes:

> [...] paisagístico, (referente à paisagem, ou seja, ao aspecto estético de locais naturais ou artificiais), ecológico (relativo ao ambiente), turístico (locais de interesse geral abertos à visitação pública), artístico (obra humana atinente às belas artes – música, pintura), histórico (bem imóvel ou móvel – preservação da memória do país), cultural (termo genérico: abrange também o científico e o técnico – obra criada ou transformada pelo homem em vários setores do conhecimento), religioso (referente a determinada crença ou seita religiosa), arqueológico (elemento essencial para o conhecimento do passado das civilizações – relativo à cultura dos povos antigos, avaliada por meio de pesquisas, ou através de documentos, monumentos e objetos. Incluem-se aqui o paleontológico (animais e vegetais de épocas pretéritas – fósseis –, e o geológico, conservação do subsolo e das reservas naturais), etnográfico (estudo das etnias – raças e povos – da vida dos grupos sociais, principalmente, os primitivos) ou monumental (obra ou construção grandiosa – do ponto de vista arquitetônico ou cultural).[263]

Tais termos dão lugar a conceitos vagos, de difícil apreensão, e que muitas vezes se encontram insertos em outro mais abrangente, ou são a ele reconduzíveis, *v.g.*, cultural.[264] Nesse diapasão, na definição constitucional, o patrimônio cultural apresenta-se como conjunto de bens que apresentam em comum seu valor cultural objetivo, que os identifica com uma característica própria, e a proteção do seu valor cultural independente do valor econômico atribuído à coisa. A natureza social do bem deve ser levada em consideração na

---

[262] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 500.
[263] Ibid. p. 500-501.
[264] Ibid. p. 501.

hora de interpretar-se o conteúdo das expressões, tais como, “coisas de valor histórico, artístico, cultural ou científico”, que são utilizadas na construção do tipo penal.[265]

Analisando tal questão no ordenamento espanhol, Felipe Renart García expõe que:

> Hay autores que entienden que el concepto de valor histórico, artístico, científico, monumental o cultural es un elemento normativo legalmente valorado […] y otro que consideran que los valores mencionados constituyen conceptos normativos pendientes de la valoración judicial. En este estado de la cuestión, a la inexplicable utilización caprichosa de las expresiones citadas su une la problemática de la determinación de su contenido. En efecto, la concreción de estos valores propicia la existencia de dos posturas doctrinales antagónicas; por un lado, la de aquellos autores que entienden que el concepto de valor histórico, artístico, científico, monumental o cultural es un elemento normativo legalmente valorado […] y, por otro la de quienes consideran que los valores mencionados constituyen conceptos normativos pendientes de valoración judicial.[266]

Continua o autor explicando que existem posturas doutrinárias restritivas, por razões de segurança jurídica e exigências de “certeza”, com defesa de limitar-se a tutela penal, aos bens que tenham sido objeto de prévia e expressa declaração administrativa. A segurança jurídica e a vulneração do princípio da legalidade constituem as principais fundamentações destas posturas.[267]

Conclui o autor que prevalece na doutrina espanhola o entendimento de que os valores que a norma penal tutela são conceitos normativos pendentes de valoração judicial, os quais devem atender às qualidades do objeto e às valorações sociais vigentes no momento da aplicação do preceito, tendo, ainda, nas normativas internacionais sobre a matéria, uma importante função indiciária e aclaratória.[268]

Novamente, depara-se no art. 63, com norma penal em branco, tendo em vista a expressão “local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”.

Salienta a doutrina que tais locais especialmente protegidos, cuja alteração de aspecto é incriminada, podem ser os bens imóveis tombados, mencionados no Decreto-lei

---

[265] Juan José Gonzáles Rus. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995. p. 45.

[266] Felipe Renart García. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 28.

[267] Ibid. p. 29.

[268] Ibid. p. 30.

25/1937, mas também os sítios arqueológicos ou pré-históricos considerados monumentos pela Lei n. 3.924/1961, como também os recursos florestais tutelados pela Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal). Incluem-se no presente dispositivo, dessa forma: os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (art. 1.º, § 2.º, Decreto-lei n. 25/1937); os monumentos arqueológicos e pré-históricos representados por jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente; sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeiamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico; as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios (cf. art. 2.º e alíneas da Lei n. 3.924/1961).[269]

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor cultural, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Não há previsão da modalidade culposa.[270]

2.2.1.2.4. Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local. A tentativa é admissível.[271]

---

[269] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 501.
[270] Ibid. p. 502.
[271] Ibid. p. 502.

2.2.1.2.5. Pena e ação penal

A pena prevista é de reclusão, de um a três anos, e multa. A multa será calculada segundo os critérios do art. 49 do Código Penal. Todavia, como lembra Luiz Regis Prado, se revelada ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida, conforme a previsão do art. 18 da Lei Ambiental. Prescreve o artigo 27 que, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, somente poderá ser formulada se houver prévia composição do dano ambiental de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.[272]

O artigo 63 admite a suspensão condicional do processo, em razão da pena mínima abstratamente cominada. A ação penal é pública incondicionada.[273]

2.2.1.3. Promoção de construção em solo não edificável, ou no seu entorno, sem a observância dos requisitos legais: o art. 64 da Lei n. 9.605/98[274]

2.2.1.3.1. O bem jurídico-penal

[272] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 503.

[273] Ibid. p. 503.

[274] "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 seis meses a um ano, e multa."

A política de desenvolvimento urbanístico é versada em termos gerais nos artigos 182 e 183 da Constituição pátria,[275] e a disciplina do solo urbano apresenta-se na Lei n. 10.257, de 2001, chamada "Estatuto da Cidade".

Luiz Regis Prado aduz que, diante da propalada dificuldade do Direito Urbanístico em garantir de modo eficaz o bem jurídico, qual seja, ordenação urbana, e a relevância atual tratada pela matéria urbanística, tem-se buscado o suporte da legislação penal. O exame da matéria encerra alguns modelos de tutela, de acordo com sua integração na noção de ambiente como objeto jurídico.

Dessa forma, ilustra o autor que a doutrina aponta o modelo francês, que consagra a autonomia do urbanismo como bem jurídico em relação ao ambiente; o italiano, que cuida do urbanismo no contexto ambiental, sem autonomia; o alemão, que trata o urbanismo na proteção natural do solo, de conformidade com a alteração do Código Penal dada pela Lei

[275] "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. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 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 de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

de 1994; e o espanhol, que dispõe sobre a ordenação do território como bem jurídico distinto do ambiente, em seus artigos 319 e 320.[276]

Jesús-María Silva Sánchez assevera que os arts. 319 e 320 do Código Penal espanhol, tipos correlatos ao art. 64 da Lei Ambiental pátria, violam os princípios constitucionais da proporcionalidade e da legalidade. Aduz o autor que, se o Direito Administrativo urbanístico carece de capacidade para suportar, por si só, o peso da ordenação racional do território, resulta que os delitos urbanísticos recorram a um modelo de acessoriedade ao direito administrativo. Por outro lado, afirma o autor que, em um plano formal, a combinação "en la descripción típica de remisiones normativas y elementos jurídico-normativos no describe, desde luego, el mejor panorama en cuanto al respeto a las garantías del principio de legalidad".[277]

Nesse sentido, os arts. 319 e 320 revelariam um modelo estritamente secundário e sancionatório de Direito Penal, que não entraria na determinação do objeto concreto de proteção, limitando-se a reforçar, em seus aspectos mais relevantes, o modelo de proteção preexistente no direito administrativo.[278] De outra forma:

> […] no se inclina por la estimación inmediata de la ordenación del territorio como bien jurídico penal, sino que sostiene que el bien jurídico protegido es, también aquí, el medio ambiente (al que eventualmente se sumaría el patrimonio artístico), de modo que el tipo se singularizaría por proteger tal bien plural – ya

[276] "Artículo 319. [Supuestos] 1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe." "Artículo 320. [Prevaricación de funcionario] 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 185.

[277] Jesús-María Silva Sánchez. Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, v. 6, jul./set. 1998. p. 10-11.

[278] Ibid. p. 11.

> tutelado en otros preceptos del Código – precisamente frente a las agresiones urbanísticas.[279]

Para o autor, a conversão dos delitos urbanísticos em delitos contra o meio ambiente humano ou ao patrimônio histórico poderia justificar a sanção penal de condutas nas quais eles se plasmaram, e, ainda, a adoção desta perspectiva salvaria, todavia, a dimensão interpretativa – função político-criminal *de lege lata* – do conceito de bem jurídico.[280] E conclui Jesús-María Silva Sánchez que, a menos que se faça uma interpretação restritiva que reduza a tipicidade dos casos em que um ato individualmente considerado crie um risco significativo para as propriedades e configuração do solo, como elemento do meio ambiente humano, "las conductas contempladas en los referidos tipos no muestran el contenido mínimo de desvalor para justificar la intervención del Derecho penal".[281]

Para Luiz Regis Prado a Lei Ambiental de 1998 trata o assunto de forma pouco razoável e contextualizada no âmbito da proteção do patrimônio ambiental cultural.[282] O autor defende que o bem jurídico em apreço, a ordenação do território – formado pelo urbanismo e pela ordenação urbana, parte integrante daquele –, apresenta caráter autônomo, material e titularidade transindividual, consubstanciada na ordenação racional, correta do território urbano ou do espaço urbanístico, na repartição e na distribuição do solo, como elementos integrantes da sociedade.[283] E conclui, afirmando ser seu caráter relativamente antropocêntrico, porquanto envolve as circunstâncias, condições e fatores referentes ao homem e que o vinculam com o meio em que se desenvolve, fazendo da terra

---

[279] Jesús-María Silva Sánchez. Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, v. 6, jul./set. 1998. p. 12-13.

[280] Ibid. p. 13.

[281] Ibid. p. 21.

[282] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 509.

[283] Sobre o tema, merece destaque a posição de Walter Claudius Rothenburg: "Uma exagerada restrição ao planejamento urbano, inclusive a novas construções, pode 'fossilizar' uma cidade e impedir expressões contemporâneas; os arquitetos do presente, por exemplo, têm um direito semelhante de exprimir suas concepções estéticas. Sem prejuízo da preservação de sítios inteiros (por exemplo, vilas como Paraty e Ouro Preto), quando o justifique a importância histórica do conjunto". Walter Claudius Rothenburg. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 56.

e do solo seu eixo operativo[284], particularmente, com a preocupação do valor ambiental cultural do território penalmente tutelado.

2.2.1.3.2. Os sujeitos do delito

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica,[285] sem nenhuma restrição. Sujeitos passivos são a coletividade, a pessoa jurídica de direito público (União, Estado e Município) e, se for o caso, o proprietário da extensão territorial.[286]

2.2.1.3.3. Tipicidade objetiva e subjetiva

O núcleo do tipo é o verbo "promover" – no sentido de "dar impulso ou andamento", "fazer avançar", "diligenciar para que algo se concretize" –, construção – como uma obra, edifício, residência –, em solo não edificável – que é aquele terreno onde é vedada a realização de qualquer espécie de construção –, ou no seu entorno – seu redor, circunvizinhança ou proximidades –, assim considerado em virtude de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.[287]

Miguel Ángel Boldova Pasama entende que, para a configuração dos tipos obriga-se a atender à legalidade administrativa preexistente sobre a matéria, para integrar os elementos normativos que contêm e caracterizam estes tipos como normas penais em

---

[284] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 510.

[285] Neste sentido o art. 3º da Lei n. 9.605/98: "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."

[286] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente...*, cit.p. 514.

[287] Ibid. p. 515.

branco. O urbanismo e a ordenação do território caracterizam-se pela complexidade e abundância de normas sobre tal matéria.[288]

Para o autor:

> La acessoriedad de la regulación jurídico-administrativa del urbanismo y, en particular, de la disciplina urbanística es notória, cuando las licencias sobre las que se informa, vota a favor o resuelve otorgar tienen que ser, según el tipo objetivo, contrarias a las normas urbanísticas viegentes. Y desde luego el acto administrativo carece de cualquier eficácia legalizadora al ser precisamente constitutivo de delito y, por tanto, nulo de pleno derecho.[289]

Constitui outro elemento normativo a expressão "sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida", concernente à ausência de causa de justificação, que presente torna atípica e lícita a conduta. Na primeira hipótese, o agente tem a autorização administrativa e na segunda, embora a tenha, age em desconformidade com essa.[290]

O tipo em referência é representado pelo dolo, aperfeiçoando-se com a vontade livre e consciente de promover construção em solo não edificável,[291] ou no seu entorno.[292]

2.2.1.3.4. Consumação e tentativa

---

[288] Miguel Ángel Boldova Pasamar. Fundamentos de la punición de los delitos urbanísticos en el derecho penal español. *Ciências penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 6, v. 4, jan./jun. 2007. p. 71.

[289] Ibid. p. 81.

[290] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 515.

[291] Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a caracterização do tipo em referência: "PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. LAUDO TÉCNICO DO IPHAN. CIDADE CONSIDERADA PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DA HUMANIDADE. OURO PRETO. TOMBAMENTO EM NÍVEL FEDERAL. ART. 64 DA LEI 9.605/98. 1. O tipo penal no qual o réu foi denunciado considera crime construções feitas em solo não edificável ou no seu entorno, tendo, dessa forma, por escopo, proteger bens de valor paisagístico, ecológico, artístico, cultural, histórico, arqueológico, etnográfico ou monumental (art. 64 da Lei 9.605/98). 2. **Não há que se falar em atipicidade da conduta, por inaplicabilidade do artigo 64 da Lei 9.605/98 (crime ambiental), se as obras, começadas antes da vigência da referida lei, continuaram após ela.** 3. Apelação não provida." (TRF 1ª Região – 3ª Turma – ACR 200238000359351 – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJU 03/10/08, p. 190 – grifo nosso).

[292] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente...*, cit. p. 516.

Consuma-se com o simples início de qualquer atividade de construção em solo não edificável ou em seu entorno. A tentativa, em tese, é admissível.[293]

2.2.1.3.5. Pena e ação penal

A pena cominada é de detenção, de seis meses a um ano, e multa. A multa será calculada segundo os critérios do art. 49 do Código Penal. Todavia, como lembra Luiz Regis Prado, se revelada ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida, conforme a previsão do art. 18 da Lei Ambiental. A suspensão condicional da pena pode ser aplicada à hipótese do artigo 64, visto que a condenação à pena privativa de liberdade não ultrapassa o limite máximo de três anos, conforme art. 16 da Lei n. 9.605/98. A ação penal é publicada incondicionada.[294]

2.2.1.4. Pichar, grafitar, ou conspurcar edificação ou monumento urbano: o art. 65 da Lei n. 9.605/98[295]

2.2.1.4.1. O bem jurídico-penal

Anteriormente à edição da Lei Ambiental, a conduta de pichar ou grafitar um bem, público ou privado, era tratada como dano ao patrimônio, sancionada nos termos do art.

---

[293] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 516.

[294] Ibid. p. 516.

[295] "Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa."

163 do CP. [296] Tais condutas passaram a ser tipificadas pelo art. 65 da Lei n. 9.605/98, no qual se tutela o patrimônio cultural urbano, público ou privado, do ponto de vista estético.[297]

2.2.1.4.2. Os sujeitos do delito

O sujeito ativo do presente delito pode ser qualquer pessoa física. No pólo passivo figura a sociedade, e a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Município), e, secundariamente, o particular proprietário do bem urbano pichado ou grafitado.[298]

2.2.1.4.3. Tipicidade objetiva e subjetiva

Alternativamente, têm-se como núcleos do tipo incriminados as ações de: *pichar*, que significa fazer marcas ou sinais, escrever, desenhar, mediante o emprego de tinta ou spray; *grafitar*, entendido como realizar pinturas, desenhos, com conotação artística; *conspurcar*, no sentido de sujar, macular, por outro meio, como o lançamento de substâncias, colagem de cartazes, inclusive publicitários etc.[299]

Nos centros urbanos pode-se notar este fenômeno social, causador de degradação das fachadas da cidade, constante nos prédios e espaços públicos pelas atividades de

---

[296] A respeito do tema, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais assim decidiu: "Dano qualificado – Bem Público – Pichação – *Animus Nocendi* – Reparação do dano – Configura o crime de dano previsto no art. 163, parágrafo único, III, do CP, a pichação de imóvel público, por implicar deterioração, sendo punível a titulo de dolo, uma vez que a intenção de prejudicar está ínsita na pratica criminosa, pela qual responde o agente independentemente de proceder ao ressarcimento do dano." (TAMG – Ap 0202822-8 – 1ª C. Crim. – Rel. Juiz Audebert Delage – DJMG 05.03.1996).

[297] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 504.

[298] Ibid. p. 504.

[299] Ibid. p. 504-505.

pichação e grafite. [300] Note-se que, atualmente, as pichações dificilmente divulgam mensagens de protesto – diferentemente de outros tempos, em que se apresentavam como forma de manifestação –, caracterizando-se como práticas de vandalismo contra o espaço público.

Por outro lado, há uma grande tendência ao reconhecimento do "grafite" como expressão artística.[301] Em casos que envolvem a "grafitagem", desde que devidamente autorizada, não se vislumbra a adequação ao tipo em comento, tendo em vista que a conduta sancionada pelo tipo é a que efetivamente intenta causar uma poluição visual, maculando a paisagem urbana do seu ponto de vista estético.[302]

---

[300] A história do "grafite", característica dos metrôs de Nova York, iniciou-se no final dos anos sessenta, quando um jovem de Washington Heights, conhecido como Demetrius, começou a escrever seu apelido, Taki, e o número de sua casa, 138, nas paredes, nos pontos de ônibus, nos monumentos públicos e, principalmente, nas estações de metrô de toda Manhattan. Desde então, o que nasceu como uma tímida tentativa de alguns adolescentes, que escreviam ou pintavam seus nomes nos vagões ou estações de metrô, converteu-se num movimento que abrange milhares de jovens. Craig Castleman. *Los graffiti*. Madrid: Hermann Blume, 1987. p. 09 e 59.

[301] Nesse sentido, a Fundação CASA (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente), instituição ligada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo, que tem por missão aplicar em todo o Estado as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovendo estudos e planejando soluções direcionadas ao atendimento de adolescentes autores de atos infracionais, na faixa de 12 a 21 anos, ministra em suas unidades aulas de "grafite" aos internos, como o exemplo veiculado no Portal do Governo do Estado de São Paulo: "[...] a Fundação CASA, em Bauru, coloca em prática a oficina 'Resgatando a Cultura Quilombola através da grafitagem'. O projeto, aprovado pela Secretaria Estadual da Cultura, se prolongará por quatro meses. 'A ideia é mostrar para os meninos a diferença entre a pichação e o grafite' [...]. Os jovens da unidade terão aulas de história dos quilombolas e de desenho para, depois, aprenderem as técnicas do grafite. As aulas vão ser dadas por voluntários. [...]. Todos os internos da unidade participarão da oficina, mas cerca de cinco jovens - entre aqueles que se destacarem e mostrarem interesse pela arte - é que seguirão para a segunda fase do curso. Este grupo de adolescentes ensinará o que aprenderem a alunos de escolas da rede estadual da região". Fundação CASA ensina grafite aos jovens em Bauru. *Portal do Governo do Estado de São Paulo*, São Paulo, 11 mai. 2009. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.ph p?id=200993&c=5304>. Acesso em: 15 set. 2009.

[302] Sobre a problemática do fenômeno social "grafite", interessante a análise de Arthur Hunold Lara: "De certo modo, o que se encontra é, de um lado, uma geração mais jovem, que não abre mão do direito de livre manifestação e, principalmente, que não concorda com a maneira, o estilo e a estética impostos pela sociedade e seus meios de comunicação e ensino. Resolve, com facilidade, se posicionar paralelamente aos métodos tradicionais de educação e atua em grupo, formando comunidades fechadas e segregadas, com leis internas de auto-regulamentação e proteção. De outro lado, temos uma geração que foi impedida, por um processo autoritário, de se expressar ou que teve que se auto-exilar ou se submeter ao sistema, ocupando cargos e postos incompatíveis com seus ideais revolucionários anteriores, tornando-se muitas vezes subserviente à falsificação e à pasteurização do capitalismo neo-liberal. Têm, na concentração de bens objetos de *status*, o seu reconhecimento profissional e adquirem um gosto padronizado e limpo presentes nos estilos das instituições que os abrigam. Estas oposições de reação e participação, rebeldia e subserviência, adaptação e marginalidade têm sido muito empregadas nas análises sobre o grafite. Importando conceitos e métodos de antropologia ou da filosofia, o grafite tem sido visto por muitos autores como algo essencialmente marginal e sua valorização vem exatamente desta característica, talvez por um viés geracional. Outros autores enfatizam o caráter comunicacional destas manifestações urbanas. Por isso, os trabalhos sobre o tema têm desconsiderado seus aspectos propriamente plásticos, suas influências artísticas e seus desdobramentos técnicos, estilísticos e estéticos". Arthur Hunold Lara. *Grafite: arte urbana em movimento*. Dissertação (Mestrado). Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 143.

Eladio Lecey elucida que *conspurcar*, no sentido de macular, sujar, pode ser pela ação de grafitar, pichar ou qualquer outra semelhante, de modo que atinja edificação ou monumento, configura, em regra, o tipo do art. 65, *caput* ou parágrafo único, se a coisa for tombada.[303] Todavia, se tais atos causarem dano significativo ao bem, e se tratar de objeto de especial proteção por seu valor cultural, em virtude de lei, ato administrativo ou decisão judicial, tenha ou não havido tombamento, estará configurado, em concurso aparente de normas, o crime mais grave, previsto no art. 62 da Lei n. 9.605/98. Do confronto entre as duas normas, artigos 65 e 62, denota-se que apenas uma deverá ser aplicada quando a conduta ali descrita não configurar elemento de crime mais grave. Conclui o autor que, de tal relação de subsidiariedade tácita deverá prevalecer a norma principal – art. 62 – sobre a secundária – art. 65.[304]

O tipo cuida da proteção dos aspectos estéticos da geografia humana: a beleza da paisagem urbana representada por suas construções e monumentos contra o seu desfiguramento ou poluição visual.[305] O objeto material do delito, como assevera Ivete Senise Ferreira, são as edificações comuns, como casas, construções, prédios e monumentos situados em logradouros públicos ou a céu aberto, como estátuas, bustos, chafarizes, obeliscos, memoriais e outros marcos frequentemente alvos de atentados que os desfiguram, quando não os danificam irreversivelmente.[306] Destaca a autora que, embora a definição de monumento possa englobar também os "bens naturais e até cidades inteiras,

---

[303] Exemplo de conduta especificada no delito previsto no art. 65 da Lei Ambiental, e que teve grande repercussão na imprensa, foi o caso da "pichadora da Bienal". Como veiculado pela mídia, a Justiça de São Paulo condenou a jovem a quatro anos de prisão, em regime semiaberto. A autora, que ficou conhecida por pichar o prédio da Bienal, no Ibirapuera, na Zona Sul da capital paulista, foi condenada por formação de quadrilha e destruição de bem protegido por lei (delito previsto no art. 62 da Lei Ambiental), e não pelo crime de pichação, previsto no art. 65 da Lei. O atentado ao prédio da Bienal aconteceu em 26 de outubro de 2008, no segundo andar do pavilhão, que estava vazio. A defesa criticou a condenação, por considerar que "pichar" não é o mesmo que "destruir" patrimônio público. Justiça condena pichadora da Bienal. *G1*, São Paulo, 26 set. 2009. Justiça. Disponível em: ˂ http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,MUL1319426-5605,00JUSTICA+CONDENA+PICHADORA+DA+BIENAL.html˃. Acesso em: 14 out. 2009.

[304] Eladio Lecey. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 12, jul/set. 2007. p. 53.

[305] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 505.

[306] Ivete Senise Ferreira. Proteção do meio ambiente urbano e cultural. In: Flávio Luiz Yarshell; Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 101.

não são eles os objetos da ação aqui prevista, podendo a sua tutela estar estabelecida em outros tipos penais do mesmo diploma legal".[307]

Conforme disposto no art. 65, parágrafo único, da Lei Ambiental, são ainda tutelados os monumentos ou coisas tombados em decorrência de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, integrantes do patrimônio ambiental cultural. Tal previsão consigna norma penal em branco, tendo em vista que a lei ou ato administrativo do tombamento indicarão o bem objeto de proteção da norma em virtude de seu valor cultural.[308]

Para a configuração do tipo, portanto, atribuiu-se igual relevância ao patrimônio público e privado, integrantes do ordenamento urbano. Nos termos do parágrafo único do art. 65, a pena é agravada em relação à conduta atentatória aos bens culturais tombados em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico.

Já o tipo subjetivo trata do dolo, isto é, da consciência e vontade de pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico, nem há previsão da prática do delito na modalidade culposa. Como aduz Luciano Anderson de Souza, se o ato de grafitar ocorrer com a autorização do proprietário, como exemplo, para embelezar o local, não se configurará o crime.[309]

2.2.1.4.4. Consumação e tentativa

Dá-se a consumação com a prática efetiva das condutas de "pichar", "grafitar" ou, de qualquer outra forma, "conspurcar" edificação ou monumento urbano, previstas no tipo.

---

[307] Ivete Senise Ferreira. Proteção do meio ambiente urbano e cultural. In: Flávio Luiz Yarshell; Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 101.

[308] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 505.

[309] Luciano Anderson de Souza. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: Alamiro Velludo salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 294.

A tentativa é admitida em qualquer uma das formas da figura criminal, quando o agente for surpreendido ao dar início à conduta criminosa.[310]

2.2.1.4.5. Pena e ação penal

A pena cominada é de detenção, de três meses a um ano, e multa. O parágrafo único comina pena de seis meses a um ano de detenção, e multa, caso o ato seja realizado em monumento ou coisa tombada. [311] Destaque-se que tais penas são desproporcionais se comparadas, por exemplo, com a pena atribuída ao delito de dano simples (art. 163 do CP), que é de detenção de um a seis meses ou multa, figura típica na qual se enquadrava a conduta do "pichador" antes da edição da Lei Ambiental. Nesse sentido, faltou razoabilidade ao legislador ao impor uma pena maior ao agente que "rabisca" um muro de uma edificação com tinta, em comparação com o infrator que destrói o referido muro a marretadas.

A multa será calculada segundo os critérios do art. 49 do Código Penal. Todavia, como lembra Luiz Regis Prado, se revelada ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida, conforme a previsão do art. 18 da Lei Ambiental. A suspensão condicional da pena pode ser aplicada à hipótese do artigo 65, visto que a condenação à pena privativa de liberdade não ultrapassa o limite máximo de três anos, conforme art. 16 da Lei n. 9.605/98. Já a ação penal é pública incondicionada.[312]

---

[310] Luciano Anderson de Souza. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: Alamiro Velludo Salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 294.

[311] Sobre o tema, Alicia Rodríguez Núñez, ao analisar alguns problemas da proteção penal do patrimônio cultural no ordenamento espanhol, assevera que o aumento da pena sustentada pelo fato do bem pertencer ao patrimônio cultural, por apresentar um certo valor cultural, só pode ser aplicada quando o valor ou interesse cultural do bem puder ser identificado sem dúvidas, seja por sua declaração formal pela Administração, como bem de interesse cultural, inventariado ou catalogado, sejapor meio de critérios previstos na legislação referente ao instituto do tombamento. Alicia Rodríguez Núñez. Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, v. 2, mar. 2000. p. 423.

[312] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 505-506.

A Lei n. 9.605/98 prevê um rol de circunstâncias que atenuam e outro de circunstâncias que agravam as penas referentes aos delitos nela tipificados. Nesse sentido, estas atenuantes e agravantes podem ser aplicadas às penas dos arts. 62, 63, 64 e 65.

Segundo o disposto no artigo 14 da Lei n. 9.605/98, são circunstâncias que atenuam a pena: o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; a comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; a colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, de acordo com o artigo 15 do referido diploma, a reincidência nos crimes de natureza ambiental, e ainda, ter o agente cometido a infração: para obter vantagem pecuniária; coagindo outrem para a execução material da infração; afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; concorrendo para danos à propriedade alheia; atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; em período de defeso à fauna; em domingos ou feriados; à noite; em épocas de seca ou inundações; no interior do espaço territorial especialmente protegido; com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; mediante fraude ou abuso de confiança; mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais; atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; facilitado por funcionário público no exercício de suas funções.

2.2.2. O Código Penal

Antes da lei ambiental de 1998, a proteção penal do patrimônio cultural vinha inserida no Código Penal, no título II, que trata dos crimes contra o patrimônio,[313] no capítulo IV, que versa sobre os crimes de dano, nos artigos 163, III, 165 e 166. [314] Destarte, existe discussão doutrinária sobre a revogação dos artigos 165 e 166 do CP, respectivamente pelos artigos 62 e 64 da nova lei.

Como aponta Luciano Anderson de Souza, encontram-se tacitamente revogados os artigos 165 e 166, do CP,[315] embora mantidos estruturalmente. Para os que defendem posicionamento diverso, os crimes de dano previstos no Código Penal não conflitam com os novos tipos previstos pela Lei dos Crimes Ambientais, na medida em que estes tutelam o patrimônio ambiental cultural, e não o "patrimônio", com valoração meramente econômica, como previsto no Código Penal.[316]

A Lei n. 4.737, de 15.07.65, que instituiu o Código Eleitoral no seu art. 328 estabelecia como crime o ato de 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, com a pena de detenção até seis meses e pagamento de 40 a 90 dias-multa. Seu parágrafo único previa que, se a inscrição fosse realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, ter-se-ia uma pena de detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 40 a 90 dias-multa.

---

[313] Como ensina Giuseppe Maggiore, o patrimônio apresenta uma noção econômica e uma noção jurídica: "patrimonio in senso econômico è il compleso dei biene mediante i quali l'uomo soddista ai suoi bisogni. Patrimonio in senso giuridico è il complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili, che fanno capo a uma persona". Já em relação ao bem jurídico previsto na legislação penal, o autor aduz que, o patrimônio, como universalidade de direito pertencente a uma pessoa: "non possa divenire ogetto di reato: solo i singoli beni e diritti che lo compongono, se aggrediti, possono dar luogo ad incriminazione". Giuseppe Maggiore. *Diritto penale, parte especiale: delitti e contravvenzioni (art. 545 – art. 734)*. v. 2. 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1953. p. 915-918.

[314] Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico: "Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Alteração de local especialmente protegido." e "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."

[315] No mesmo sentido: Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 495-499.

[316] Luciano Anderson de Souza. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: Alamiro Velludo Salvador Netto. Luciano Anderson de Souza (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 275.

Tal dispositivo legal, por força do princípio da especialidade, prevalecia sobre o tipo descrito no art. 165 do CP, de aplicação genérica. Contudo, o art. 107 da Lei nº 9.504, de 30.9.1997, revogou expressamente o art. 328 do Código Eleitoral, passando a ter aplicação o art. 165 do CP até que esse foi revogado tacitamente pelo art. 62 da Lei n. 9.605/98, que atualmente regulamenta a matéria.[317]

No que tange ao patrimônio arqueológico, Marcos Paulo de Souza entende que a exportação de objetos de interesse para a arqueologia, sem licença expressa da Diretoria do Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional,[318] encontra adequação típica no art. 334, § 1º, *b*, do Código Penal pátrio,[319] fato este assimilado a contrabando em razão de lei especial, o qual sujeita o infrator à pena de reclusão de um a quatro anos.[320] Sendo tombados os bens arqueológicos ilegalmente exportados, aplica-se o art. 15 do Decreto-lei n. 25, de 30.11.37.[321]

Já os crimes de furto, roubo, receptação e contrabando, previstos tradicionalmente para tutelarem a propriedade e o bom funcionamento da Administração e da Justiça, podem ser aplicados também na tutela do patrimônio cultural brasileiro, a fim de reprimirem a exportação e a importação ilícita de bens culturais.[322]

---

[317] Marcos Paulo de Souza Miranda. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, jul./dez. 2001. p. 424.

[318] Neste sentido o art. 20 da Lei n. 3.924, de 26.07.61: "Nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma 'guia' de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos."

[319] "Contrabando ou descaminho – Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 1º - Incorre na mesma pena quem: [...] b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;"

[320] Marcos Paulo de Souza Miranda. Tutela penal..., cit. p. 425.

[321] "Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. [...] § 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando."

[322] Fernando Fernandes Silva. *A prevenção e a repressão do tráfico dos bens culturais na Convenção da Unesco (1970)*. Tese (Doutorado). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 179.

3. QUESTÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

3.1. O relacionamento entre as instâncias de proteção do patrimônio ambiental cultural

Nos termos do art. 23, III, da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. De outro lado, tem a União, os Estados e o Distrito Federal competência para legislar concorrentemente sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII, da Constituição Federal de 1988).

Também o patrimônio cultural não apresenta apenas um valor cultural, social ou histórico, mas participa de uma vertente econômica, tanto por seu preço no mercado de colecionadores, de fundos de investimentos em obras de arte, como por gerar postos de trabalho de especialistas em sua conservação ou no turismo cultural. Tais motivos incrementam a concorrência em sua proteção por vários ramos do direito, dentre os quais se destacam o Direito Administrativo e o Direito Penal.[323]

É certo, porém, que, ao lado desses dispositivos, segundo os quais a preservação do patrimônio cultural foi cometida aos poderes públicos federal, estadual, distrital e municipal, repousa, também na Constituição, a conclamação de toda a sociedade para a implementação de tal tarefa, contribuição da qual não se pode, em absoluto, prescindir. Essa a essência que se pode extrair do art. 216, § 1º, da Constituição.

No mesmo dispositivo, vê-se ainda que o constituinte trouxe ferramentas úteis à concretização desse objetivo, como os inventários, os registros, a vigilância, o

[323] Alicia Rodríguez Núñez. Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, v. 2, mar. 2000. p. 403-404.

tombamento,[324] a desapropriação, fazendo referência genérica, a "outras formas de acautelamento e preservação". É precisamente nessa última locução que se pode enquadrar a tutela jurisdicional, imposição que emerge do próprio ordenamento jurídico, que não é possível omitir na proteção de determinados bens em razão do interesse cultural de que se revestem e, por conseguinte, da relevância que assumem para a sociedade.[325]

Afora as medidas de caráter administrativo trazidas pela Constituição de 1988, para o acautelamento e preservação dos bens culturais, tais como o tombamento, a desapropriação, o inventário, entre outros, destacam-se também, nessa missão, os mecanismos de natureza judicial, que, tais quais os primeiros, foram concebidos para atuar preferencialmente antes da consumação do dano, em virtude do princípio da precaução, que informa toda a disciplina do Direito Ambiental.[326] Os instrumentos judiciais voltados a essa finalidade são, fundamentalmente, a ação civil pública, a ação popular e a ação penal pública.[327]

Por outro lado, o Direito Penal Ambiental encontra-se em uma evidente dependência do Direito Administrativo, que tem como corolário a obrigatoriedade do recurso ao reenvio a elementos extrapenais na formulação da norma incriminadora.[328] Nesse sentido, utiliza o legislador penal ambiental a chamada "técnica das normas penais em branco".

---

[324] Walter Claudius Rothenburg alerta que o instituto do tombamento não tem sido conjugado conforme a partilha constitucional de competências. Embora no exercício de sua autonomia e seguindo seus próprios critérios todas as esferas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possam tombar o mesmo bem, bens tombados em âmbito estadual ou federal podem não o ser pelo Município onde situado, para quem o interesse em preservá-lo talvez seja mais evidente. Walter Claudius Rothenburg. Cultura e Constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 52.

[325] Belize Câmara Correia. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 34, v. 9, abr./jun. 2004. p. 49-50.

[326] Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg aduz que somente uma perspectiva transcendente ao individualismo contemporâneo, que se abra para outras pessoas e outros tempos, dá conta de avaliar a importância do patrimônio cultural enquanto direito fundamental de velha e nova geração. Sob o ponto-de-vista jurídico-processual, o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como de terceira geração facilita a utilização do direito de ação por qualquer sujeito em prol de toda a sociedade, bem como por associações e por instituições públicas, como o Ministério Público e permite um maior alcance das decisões e acordos. Walter Claudius Rothenburg. Cultura e Constituição..., cit. p. 45.

[327] Belize Câmara Correia. A tutela judicial..., cit. p. 51.

[328] Miguel Reale Júnior. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências penais: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 2, jan./jun. 2005. p. 71.

Antonio Luís Chaves Camargo ensina que as leis penais em branco, tipos abertos que são, trazem em si uma lacuna que deve ser completada por outra lei, regulamento ou decreto, definindo o dispositivo penal após a junção deste ao contido de modo geral na lei primeira. Afirma o autor que todo direito se concretiza na linguagem, tanto no aspecto lei, como na pesquisa da ação humana.[329]

Em relação às normas penais em branco, Inês Horta Pinto aponta o questionamento frequentemente realizado sobre o cumprimento do princípio da legalidade, na vertente da determinação: *nullum crimen sine lege certa*. Coloca-se em pauta a possibilidade de determinação do tipo, pois a descrição da conduta incriminada é insuficiente, carecendo de integração por remissão para outras normas ou para atos não penais. Por outro lado, põe-se em questão o cumprimento da reserva de lei formal para a definição dos pressupostos das incriminações. [330]

Nas chamadas "normas penais em branco", o administrador e a própria atuação concreta das entidades administrativas concorrem na definição do âmbito de incriminação. Conclui a autora apontando que, quanto a esta última questão, desde que o tipo penal contenha a parte substancial da conduta proibida, e que a remissão se refira a concretizações técnicas que o próprio legislador penal quis integrar na incriminação, não é violada a reserva de lei.[331]

Sobre a utilização da técnica das normas penais em branco, com complementação por normas administrativas, na elaboração dos tipos que protegem o patrimônio cultural, Alicia Rodríguez Núñez destaca que:

> Sin embargo, el legislador penal no parece haber tenido conocimiento de la cuidadosa clasificación preexistente de los bienes portadores del valor cultural, teniendo en cuenta que este valor cultural pasa a ser un bien jurídico protegido penalmente. La falta de coincidencia entre el Derecho penal y el derecho administrativo, tanto en la denominación de los bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural como en sus grados de protección, crea una inseguridad

---

[329] Antonio Luís Chaves Camargo. *Tipo Penal e linguagem*. Rio de janeiro: Forense, 1982. p. 89.

[330] Inês Horta Pinto. Direito Penal do ambiente: complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação. In: José de Faria Costa; Marco Antonio Marques da Silva (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1.102.

[331] Ibid. p. 1102.

> jurídica que en algún caso limita con el quebrantamiento del principio de legalidad.[332]

Günther Heine assevera que o Direito Penal deve acolher tipos que são tendencialmente abertos e possibilitam a adaptação da norma às mudanças sociais e técnicas, sem ter de realizar intervenções legislativas constantes no Código Penal. Isto é possível mediante a conexão de disposições penais e administrativas e, ainda:

> […] con la atribución al Derecho Administrativo, de forma innovadora (y también independientemente de la ejecución), de reservas sobre conceptos jurídicos indeterminados, modificaciones de prescripciones, pautas y similares, o modificación de márgenes de valoración.[333]

Segundo Günther Heine, tanto na Alemanha como na Espanha reconhece-se o princípio da acessoriedade administrativa nos delitos contra o meio ambiente.[334] Para o autor, a consideração do Direito Administrativo a respeito do aproveitamento e gravames ao meio ambiente resultam irrenunciáveis para o Direito Penal. Tal entendimento representa uma exigência do princípio fundamental da unidade do ordenamento jurídico,

---

[332] Alicia Rodríguez Núñez. Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, v. 2, mar. 2000. p. 422-423.

[333] Günther Heine. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v. 46, ene./abr. 1993. p. 300.

[334] Adota-se a expressão "acessoriedade administrativa", utilizada pela doutrina, por entender-se existir uma dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo, com a necessidade de complementação do tipo penal por conceitos do Direito Administrativo, por atos administrativos, ou ainda pela remissão a normas administrativas. Nesse sentido, acredita-se que o relacionamento entre a instância penal e a administrativa caracteriza verdadeira complementação, e não simples assessoramento. Em sentido inverso, Helena Regina Lobo da Costa ensina que a expressão "acessoriedade administrativa", no Direito Penal, tem sido utilizada por influência da terminologia alemã, mas adverte que no âmbito da tutela penal do ambiente essa relação com o Direito Administrativo é um fenômeno mais amplo do que uma mera relação de dependência. Destarte, a autora adota a expressão "assessoriedade administrativa" para identificar essa relação do Direito Penal Ambiental com o Direito Administrativo, aduzindo que: "O direito penal ambiental é auxiliado, socorrido ou assessorado pelo direito administrativo, sem que isso o torne, necessariamente, dele dependente. Em muitos casos, a configuração do tipo penal dependerá, efetivamente, de uma decisão da esfera administrativa. Todavia, podem existir tipos penais cuja redação remeta a um simples conceito de direito administrativo, o que não significa, nesta hipótese, específica, que será necessária uma decisão na esfera administrativa acerca de eventual ilícito para a configuração do delito. [...] a grafia assessoriedade administrativa descreve o fenômeno de modo mais exato, pois remete à idéia de assessorar, ou seja, auxiliar na construção do tipo penal. Assim, abarcam-se não só as situações de efetiva dependência, mas também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa". Helena Regina Lobo da Costa. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese (Doutorado em Direito Penal). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 64-65. Sobre a acessoriedade administrativa ver ainda: Luís Greco. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006. p. 159. Günther Heine. Derecho penal del medio ambiente: especial referencia al derecho penal aleman. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 61, 1997. p. 57.

pois: “el Derecho penal no puede incriminar uma conducta que haya sido expresamente permitida por el ordenamiento jurídico general”.[335]

Luís Greco, em interessante trabalho sobre a problemática da acessoriedade administrativa, descreve a questão que envolve o ato autorizativo administrativo ilícito.[336]

O autor dá o exemplo de um cidadão que constrói edificações em área especialmente protegida, autorizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Ocorre que o Ibama não é, no caso, o órgão competente para tal autorização.[337] Nesse sentido, em tese, o particular pratica o delito do art. 63 da Lei n. 9.605/98.[338] Se ele não estiver acolhido por ato da autoridade competente, pelo menos o tipo objetivo do art. 63 já está preenchido, restando apenas problemas de erro a serem resolvidos.

Luís Greco defende que na análise de tal tipo penal deve-se abandonar o argumento formalista, sobre o uso do adjetivo “competente”. E continua a explicitar a problemática da questão da acessoriedade administrativa, veiculando a opinião dominante na Alemanha sobre tal temática. Nesse sentido, *prima facie*, assevera que o ato autorizativo manifestamente nulo não opera efeito algum. Se no exemplo apresentado, como aduz o

---

[335] Günther Heine. El derecho penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura convención europea sobre el derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 63, 1997. p. 660.

[336] Luís Greco. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006. p. 172.

[337] Outro problema que se pode apresentar na interpretação dos tipos que tutelam o patrimônio cultural é a exata identificação do órgão responsável pela emissão de autorizações administrativas ou declarações do tombamento de um bem. No Brasil, têm-se diversos órgãos públicos com competência para emitir autorizações administrativas e declarar o tombamento de um bem cultural. Não se pode, no presente trabalho, especificar a totalidade de órgãos responsáveis por tais atos. A título de exemplo, no caso da declaração do tombamento, pode-se citar a existência de três órgãos, sendo um federal (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN); outro estadual (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico – CONDEPHAAT); e outro municipal (Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – CONPRESP).

[338] No exemplo, Luís Greco afirma que a conduta do agente que constrói edificações em área especialmente protegida sem autorização do órgão competente, em tese, pratica o delito do art. 63 da Lei n. 9.605/98. Ora, o art. 63 da Lei Ambiental cuida da “alteração” de local protegido por lei sem a autorização da autoridade competente. Dessa forma, acredita-se mais acertado, no exemplo, considerar que o agente perpetra, em tese, o delito previsto no art. 64 da Lei Ambiental, que tipifica a conduta de: “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 [...]”.

autor, fosse a autorização dada pelo delegado de polícia da região, ela seria irrelevante, preenchendo-se, assim, o tipo objetivo.[339]

Já os atos autorizativos eivados de outros vícios de legalidade, chamados por vezes de atos nulos e anuláveis, são considerados penalmente eficazes no sentido de excluir o injusto do comportamento, com o amparo em quatro argumentos. O primeiro, que afirma serem os atos administrativos, mesmo quando nulos ou anuláveis, plenamente eficazes e auto-executáveis, dependendo a sua desconstituição de ato posterior, seja do Judiciário ou da Administração. Já o segundo refere-se ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, que veda um ramo do direito permitir e o outro proibir determinada conduta. Como terceiro argumento apresentado, alude-se à segurança jurídica e à tutela da confiança do particular na administração, não podendo ser penalizado por erros do administrador. E, por fim, o argumento administrativista de que há discricionariedade da Administração sobre até que ponto deve-se tutelar o meio ambiente.

Com base em tais considerações, conclui o autor que, no caso proposto, o particular não age tipicamente, pois, o ato autorizativo, ainda que viciado, é eficaz e exclui o tipo em questão.[340]

Sobre tal problemática, Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa esclarecem que a licitude na esfera administrativa exclui a antijuridicidade na esfera penal. Nesse sentido, entedem os autores que, sempre que a conduta se revelar lícita no âmbito administrativo, não há que se falar em ilícito penal, por falta de antijuridicidade. Tal conclusão independe de previsão no tipo penal da ilicitude administrativa, pelo fato do ordenamento jurídico ser unívoco.[341]

---

[339] Luís Greco. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006. p. 173.

[340] Ibid. p. 173-174.

[341] Eduardo Reale Ferrari; Helena Regina Lobo da Costa. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 258.

Destarte, considerar crime uma conduta lícita na órbita civil ou administrativa seria incongruente. Os autores afirmam que tal entendimento pode ser aplicado a todos os crimes que apresentarem relação com conceitos, normas ou atos administrativos.[342]

Outra situação de interesse apresentada por Luis Greco é o exemplo do particular que constrói em local proibido sem o ato autorizativo, mas, antes do início das obras, apresenta um requerimento à autoridade administrativa competente, que não se manifestou de imediato, nem depois de ter tomado claro conhecimento do início das obras. Indaga o autor se tal particular deveria responder pelo delito do art. 63 da Lei n. 9.605/98.[343]

Nesse diapasão, Luis Greco aduz que tal atitude da administração é tratada na doutrina administrativista alemã como "tolerância" (*Duldung*), e pode ter relevância para o Direito Penal. O autor continua elucidando que, apenas nos casos em que a tolerância pela administração gerar no particular a confiança justificada de que age licitamente, pode ser atribuída a mesma eficácia do ato autorizativo formal. Nesse caso, tem-se a aplicação de outros parâmetros, como o princípio da confiança, entre particular e administração, sendo seu comportamento considerado lícito. Como ensina o autor, não se trata de mero erro de proibição inevitável, porque o particular nada fez de errado, e sim agiu corretamente, diferentemente da postura da Administração.[344]

Conclui o autor que, no exemplo apresentado, o particular que constrói sem o ato administrativo, apenas sabendo que a administração não o concedeu, mas sabe de suas atividades, não tem razões suficientes para crer que pode agir dessa forma. No entanto, se, por exemplo, reitera seu requerimento de concessão do ato autorizativo, aguarda um tempo, e depois dá início às edificações bem aos olhos do poder público, que por sua atitude deixar claro que nada fará, neste caso poderia ser considerada a tolerância

---

[342] Eduardo Reale Ferrari; Helena Regina Lobo da Costa. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 258.

[343] Luís Greco. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006. p. 187.

[344] Ibid. p. 191.

igualmente eficaz ao real ato autorizativo, posto que até o homem prudente teria aqui razões para crer que cumpre todos requisitos legais.[345]

Luís Greco assevera que o princípio da legalidade seguramente não está violado nas normas penais cujas remissões ao Direito Administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado,[346] uma vez que tal recurso ao Direito Administrativo deve-se fazer até mesmo no caso de normas sem remissão expressa. Todavia, se a remissão é feita pela lei penal, está o próprio princípio da legalidade a impor que apenas o ato que viole o dispositivo de Direito Administrativo deve ser considerado penalmente proibido.[347]

Alicia Rodríguez Núñez apresenta outra questão envolvendo a aplicação da norma penal e sua dependência de elementos do Direito Administrativo, no âmbito do patrimônio cultural. A autora aponta um caso em que o levantamento da singular proteção do bem cultural não dê lugar à classificação alguma, afirmando que tal situação repercute no tipo penal aplicável, pois o bem que incialmente estava acolhido por uma proteção administrativa especial, deixa de ser de "singular proteção".[348] Já um bem classificado e inscrito definitivamente pode ser retirado do catálogo depois de passar por um expediente semelhante ao que serviu para classificá-lo. Nesse sentido, se for desclassificado deixará de estar especialmente protegido, com a mesma repercussão do caso anteriror.[349]

---

[345] Luís Greco. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006. p. 191.

[346] De modo semelhante, Norberto Mata Barranco e Ignacio Mata Barranco afirmam que: "el concepto de acessoriedad implica que en la fijación de criterios de cuidado, riesgo y valor entran los puntos de vista del Estado y de su Administración. Allí donde el particular no pueda objetiva y responsablemente establecer la ponderación de riesgo y provecho y com ello la concreción del cuidado necesario há de intervenir el Estado[...]". Norberto J. de La Mata Barranco; Ignacio de La Mata Barranco. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual. In: Jacobo López Barja de Quiroga; José Miguel Zugaldía Espinar (Coord.). *Dogmática y ley penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 495.

[347] Luís Greco. A relação..., cit. p. 193.

[348] Em tais casos, Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa: defendem que: "deve-se fazer uma leitura harmônica dos dipositivos e não se deve punir criminalmente o administrado que agia em conformidade com a licença regularmente obtida – mesmo que esse ato administrativo contrarie normas legais ou regulamentares. Isto porque o ato administrativo goza de presunção de legalidade e o administrado age acreditando na validade do ato administrativo. Também aquele que age sem licença, mas cuja a atividade desenvolvia-se de acordo com os preceitos legais, deve restar alheio à punição criminal. Do contrário, o tipo penal converte-se em mera tutela da atividade administrativa, abandonando-se a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico como substrato material da conduta". Eduardo Reale Ferrari; Helena Regina Lobo da Costa. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 267.

[349] Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 20.

Em tais situações, surge a dúvida do que deve ser feito no caso de uma condenação baseada em uma inscrição que não mais existe, deixando o bem sem a "especial" proteção que o acolhia. Entende a autora que:

> Si el bien estuviera protegido cautelarmente a causa de la tramitación del expediente calificador, lo prudente sería que el juez aplazara el procedimiento hasta que la Administración se pronunciara. Cuando el sujeto hubiere sido condenado en base a la protección cautelar y el expediente calificador hubiera resultado negativo, no se habrá realizado una conducta punible. Si el bien fuera descatalogado en un momento posterior a la sentencia habría que pedir la revisión de la sentencia o el indulto si el reo estuviere cumpliendo condena. Si el reo hubiera cumplido la condena habría que solicitar la inmediata cancelación de los antecedentes penales. Es evidente que los hechos han de enjuiciarse por la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pero si la desclasificación se produce en el intervalo entre la comisión y la sentencia lo lógico sería no apreciar la agravación.[350]

Como destaca Pedro Marchão Marques, o Direito Administrativo tem no Direito Penal do Ambiente um papel essencial, podendo falar-se de uma efetiva prioridade em relação aos crimes ambientais dentro deste ramo de direito, a saber: prioridade cronológica e prioridade jurídica. A primeira ocorre pelo fato da norma administrativa surgir primeiro no tempo, estabelecendo uma primeira definição de condicionalismos do comportamento humano, e não do desvalor da conduta, esse estabelecido pela norma penal. A segunda, porque a norma penal depende da norma administrativa para a sua aplicação, dado remeter os seus pressupostos aplicativos, em maior ou menor grau de dependência, para a inobservância das regras administrativas.[351]

Nesta medida, o critério da relevância típica do dano ambiental encontra-se em função do direito administrativo. O dano ou a lesão do bem jurídico ambiente só se torna criminalmente relevante em razão de uma prévia conceituação de natureza administrativa. A tipicidade, como aduz o autor, é aqui dupla: não basta a verificação de uma situação de dano ambiental. É imprescindível o concurso prévio da violação de uma norma legal ou regulamentar, ou mesmo de ato administrativo conformador de uma conduta.[352]

---

[350] Alicia Rodríguez Núñez. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006. p. 21.
[351] Pedro Marchão Marques. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999. p. 118-119.
[352] Ibid. p. 118-119.

Evidente, pois, como afirma Helena Regina Lobo da Costa, que:

> [...] o Direito Penal não consegue englobar tantas minúcias na estrutura típica, e o socorro pelo Direito Administrativo se impõe. Ademais, até para se preencher um princípio fundamental do sistema jurídico, o da unidade do Direito, é salutar que o tipo penal fique atrelado à decisão administrativa, evitando os conhecidos problemas decorrentes de se adotar uma linha de "independência entre as instâncias", como largamente ocorria no âmbito dos crimes tributários.[353]

A autora destaca outra hipótese interessante na análise do relacionamento entre instâncias de proteção, ao afirmar que as consequências na seara penal poucas vezes têm sido levadas em consideração no âmbito do termo de ajustamento de conduta.[354]

A Lei n. 7.374/85, que disciplina a ação civil pública para a responsabilização por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, e dá outras providências, reza, no § 6º do seu artigo 5º, que 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. Tal compromisso de ajustamento de conduta, instrumento peculiar do Estado moderno, pode ser conceituado como o ato jurídico pelo qual a pessoa, física ou jurídica, assume o compromisso de eliminar a ofensa que causou a um bem difuso ou coletivo.[355]

Helena Regina Lobo da Costa aduz que já houve inúmeras situações em que um interessado firmou um termo de ajustamento de conduta e foi denunciado pela prática do mesmo fato na esfera criminal, destacando que, em muitos desses casos, o termo foi utilizado como verdadeira confissão dos fatos nesta seara. Para autora não parece razoável, como exemplo, num suposto crime ambiental de poluição, efetivar-se a atuação do Direito Penal, quando a instância administrativa, responsável por avaliar tecnicamente um dos elementos do tipo (a poluição) deixar de decidir sobre a questão e não impor qualquer

---

[353] Helena Regina Lobo da Costa. O direito penal ambiental e as normas administrativas. *Boletim IBCCRIM*, n. 155, v. 13, out. 2005. p. 18.
[354] Helena Regina Lobo da Costa. Termo de ajustamento de conduta e crime ambiental. *Boletim IBCCRIM*, n. 190, v. 16, set. 2008. p. 15.
[355] Gilberto de Passos Freitas. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

punição nessa esfera sancionatória. No caso, não haverá "certeza técnica de ocorrência da conduta".[356]

Destarte, a chamada acessoriedade entre Direito Penal e Direito Administrativo, com a utilização de normas penais em branco, em que pesem as críticas doutrinárias, não deslegitima o Direito Penal, tendo em vista que o princípio da legalidade seguramente não é desrespeitado, uma vez que apenas o ato que viole o dispositivo de Direito Administrativo deva ser considerado penalmente proibido.

3.2. Concurso de agentes e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

De acordo com a Lei dos Crimes Ambientais, o delito pode ser praticado por uma ou mais de uma pessoa natural. O art. 2º da Lei n. 9.605/98, de início, lista possíveis sujeitos ativos de crime, dentre os quais as pessoas naturais, em relação à regra geral ínsita no Código Penal.[357] A lei prescreve, ainda, a possibilidade da prática do delito por pessoa jurídica, ou ainda por pessoa física e por pessoa jurídica.[358] A novidade, como ilustra Marcello Ovidio Lopes Guimarães, encontra-se na possibilidade do concurso de pessoas físicas e jurídicas. [359]

Nesse sentido, os dirigentes da pessoa jurídica podem responder criminalmente, sem que, no caso concreto, seja responsabilizada penalmente a pessoa jurídica, como

---

[356] Helena Regina Lobo da Costa. Termo de ajustamento..., cit. p. 15.

[357] "Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave."

[358] Assim a previsão do art. 2º da Lei n. 9.605/98: "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". Já seu art. 3º reza: "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".

[359] Marcello Ovidio Lopes Guimarães. Capítulo I: disposições gerais – arts. 1º a 5º. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 37.

também podem aqueles e esta responderem pela mesma infração penal. [360] Também pode existir a responsabilização apenas da pessoa jurídica, nos casos em que a prova assim informe, ao mesmo tempo em que não foi possível apurar a responsabilidade penal dos dirigentes, como na hipótese da conduta delituosa ter sido praticada por um funcionário da pessoa jurídica, com ciência e por determinação da direção, mas sem prova suficiente para essa demonstração no curso do devido processo legal. [361]

É também possível que um órgão colegiado da pessoa jurídica acabe por determinar ação que conduz a um crime ambiental. Em tais casos, a responsabilidade penal pode recair sobre a pessoa jurídica e também sobre cada um dos membros do colegiado.[362]

René Ariel Dotti ensina que a pessoa jurídica, também chamada de *pessoa moral*, ou, *pessoa civil, mística, fictícia, abstrata* e *coletiva* é uma *ficção* criada pelo direito e, dessa forma, separada da pessoa natural que a faz atuar. Tem, nesse sentido, existência distinta da dos seus membros. Diferente da pessoa física que adquire personalidade pelo nascimento com vida, a existência da pessoa jurídica não surge pela formação e organização do respectivo substrato na realidade social, sendo necessário o reconhecimento atribuído pelo ordenamento jurídico.[363]

Para o autor, a tentativa de atribuir a capacidade penal às pessoas jurídicas é mais um projeto de desestabilização do sistema penal positivo, posto que:

> [...] estimula a impunidade quando a investigação deixar para segundo plano a identificação dos prepostos da pessoa coletiva. Trata-se de uma autêntica *lavagem* da responsabilidade criminal. A exemplo do que ocorre com a florescente indústria da *lavagem de dinheiro*, é possível a criação de uma série infinita de pessoas fictícias para obter a transferência do nexo de responsabilidade pessoal resultante do elemento subjetivo da pessoa natural dirigente para esses novos *paraísos penais*.[364]

---

[360] Ibid. p. 37.
[361] Marcello Ovidio Lopes Guimarães. Capítulo I: disposições gerais – arts. 1º a 5º. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 37.
[362] Ibid. p. 38-39.
[363] René Ariel Dotti. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143.
[364] Ibid. p. 144.

Uma inovação da Lei de Crimes Ambientais é a previsão, em seu art. 3º, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quebrando-se, assim, o clássico axioma do *societas delinquere non potest*. Luiz Regis Prado aduz que fica extremamente difícil não admitir a inconstitucionalidade desse artigo,[365] em virtude da nítida responsabilidade penal objetiva, diante da configuração do ordenamento jurídico brasileiro,[366] em especial do subsistema penal, e dos princípios constitucionais penais, como exemplos, o da personalidade das penas, da culpabilidade e da intervenção mínima, que o regem.[367]

Para René Ariel Dotti a melhor compreensão da norma é a de que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem responder no campo civil, administrativo e tributário pelos seus atos. No entanto, a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos.[368]

Miguel Reale Júnior afirma que falta à pessoa jurídica capacidade criminal, pois:

> Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa.[369]

René Ariel Dotti assevera que, de acordo com o espírito da Costituição pátria:

---

[365] No mesmo sentido: Miguel Reale Júnior. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

[366] Günther Heine exemplifica outros países que legislaram sobre a reponsabilização da pessoa jurídica: "[…] de hecho, en el panorama comparado, la mayoría de los países en los últimos años ha emprendido el camino de someter el creciente poder de las grandes multinacionales a determinadas formas de control penal. Ejemplos jurídico-positivos de la punibilidad de las empresas, junto a los de los países del sistema anglo-americano, ofrecen Japón, Corea y los Países Bajos, así como a partir de los años ochenta también Dinamarca, Noruega y Suecia. En 1994 Francia introdujo uma responsabilidad penal general para la persona jurídica, y Finlandia siguió el modelo del nuevo Código Penal francés em septiembre de 1995". Günther Heine. Derecho penal del medio ambiente: especial referencia al derecho penal alemán. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 61, 1997. p. 66.

[367] Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 179-180.

[368] René Ariel Dotti. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.* Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 150.

[369] Miguel Reale Júnior. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: *em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

> [...] somente o homem pode cumprir os vários estágios da *provação processual*: desde o momento em que aparece como suspeito ou indiciado até a derradeira saída do palco onde a história do delito é montada. O *preso* de que fala a Constituição é o homem e assim o é também o *acusado* a quem se assegura a presunção de inocência. O *condenado* que poderá ser credor da indenização pelo erro judiciário é somente o ser humano, nascido de mulher e capaz de operar o milagre da transformação das coisas e a metamorfose dos sentimentos.[370]

A Constituição da República, no inciso XLV do art. 5º estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado, e o inciso seguinte define que a lei individualizará a pena. Nesse diapasão, como aduz Miguel Reale Júnior, a individualização da pena é feita com base na culpabilidade. A culpabilidade, como explica o autor, significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com a admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. O autor conclui pela incapacidade penal da pessoa jurídica, que a interpretação sistemática da lei fundamental torna indubitável.[371]

Em sentido contrário, Sérgio Salomão Shecaira assevera que, ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de outra culpa, de natureza coletiva. Tal dicotomia, por contraste, contempla duas individualidades que se condicionam reciprocamente, e fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo. O autor argumenta que se é verdade que a culpabilidade é um juízo individualizador, não é menos verdade que se pode imaginar um juízo paralelo, por não ser igual, para a culpa coletiva. A esse sistema dicotômico o autor denomina "dupla imputação".[372]

Pedro Marchão Marques também defende a possibilidade de responsabilização da pessoa moral, asseverando que, em coerência com o princípio da unidade do Direito Penal, é possível encontrar-se a legitimação da punibilidade das pessoas coletivas quer ao nível da fundamentação alicerçada no princípio da necessidade, em que predominam razões de prevenção, quer pela efetiva possibilidade de ação e capacidade de culpa, sentido extraído

---

[370] René Ariel Dotti. A incapacidade criminal..., cit. p. 179.

[371] Miguel Reale Júnior. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Luiz Regis Prado (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

[372] Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 148.

da gênese do conceito de culpa e que tem por base a premissa constituída pela capacidade de liberdade.[373]

Neste sentido, e tendo como preenchido o pressuposto de que a empresa não é só o lugar onde e por onde, mas também, o de onde a criminalidade pode advir, é possível ter a empresa como um verdadeiro centro de imputação penal, dado que aparece em lugar paralelo àquele que o agente assume ao nível da doutrina geral da infração penal. Nestes termos, aduz o autor que é possível conceber-se a empresa como agente.[374]

A Constituição pátria adotou a responsabilidade penal da empresa em seu art. 225, § 3º. Nesse caso, recomenda Sérgio Salomão Shecaira a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal ao argumentar que, não obstante alguns autores ainda não admitam tal responsabilização, seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, de interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre deverá concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no citado dispositivo.[375]

---

[373] Pedro Marchão Marques. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999. p. 131.
[374] Pedro Marchão Marques. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999. p. 129-130.
[375] Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 149.

Em que pese a discussão na doutrina sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em nosso ordenamento, a jurisprudência[376], por sua vez, tem admitido tal possibilidade em crimes ambientais, desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que, de acordo com os julgados, não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com móvel próprio.

Trata-se, como assevera Luiz Regis Prado, da teoria da responsabilidade penal por ricochete, de empréstimo, subsequente ou por procuração, explanada pelo mecanismo chamado *emprut de criminalité*, feito à pessoa física pela pessoa jurídica, e que apresenta como suporte obrigatório a intervenção humana.[377]

O autor aduz que:

> [...] a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta uma importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a

---

[376] Nesse sentido, as seguintes decisões da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 62 E 3º, DA LEI Nº 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes). II - Qualquer entendimento contrário, i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora paciente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório o que, nesta estreita via, mostra-se inviável (Precedentes). **III - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio'** cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso desprovido." (STJ – 5ª Turma – RHC 19119/MG – proc. nº 2006/0042690-1 – Rel. Min. Félix Fischer – DJU 04/09/06, p. 289 – grifo nosso); e "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. **Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (RESP 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07).** 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia." (STJ – 5ª Turma – Resp 865864/PR – proc. nº 2006/0230607-6 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 13/10/09 – grifo nosso).

[377] Luiz Regis Prado. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 123-124.

> uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda. É exatamente essa simbiose entre pessoa física e jurídica que legitima o empréstimo de criminalidade. A pessoa física personifica a jurídica (órgãos ou representantes), é onipresente, como sua consciência e cérebro. Todavia, segundo alguns, não vale a assertiva para as infrações culposas ou contravencionais: aqui é possível a imputação direta à pessoa jurídica, sem o concurso de uma pessoa natural.[378]

Nesse diapasão, a Lei n. 9.605/98 dispôs em seu artigo 3º, parágrafo único, que as pessoas físicas responderão criminalmente, independentemente da empresa, quando autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, no chamado sistema de dupla imputação, no qual se pune a pessoa física e a pessoa jurídica. Não se tem neste caso um *bis in idem*, ante a imputação simultânea da pessoa física e da pessoa jurídica pelo mesmo evento delitivo. Admite-se a dupla imputação, que reside na consideração da autonomia entre a pessoa física e jurídica, com a possibilidade, nos termos do citado artigo, de penalizá-las simultaneamente.

Apesar de encontrar-se na Constituição pátria, na Lei dos Crimes Ambientais e nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é controversa e, como visto, não se coaduna com os princípios informadores do Direito Penal, dentre os quais são citados: individualização das penas, intervenção mínima e culpabilidade.

3.3. A figura do garante genérico na perspectiva dos crimes praticados por omissão contra o patrimônio ambiental cultural

Junto às hipóteses de relevância da omissão previstas no art. 13, § 2º, do CP,[379] criou a Lei n. 9.605/98 mais uma situação, ao estabelecer, no art. 2º, a responsabilidade do diretor, administrador, 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,

---

[378] Ibid. p. 123-124.

[379] "Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la,[380] erigindo, assim, o dirigente à função de garante do bom gerenciamento de riscos por parte da empresa que administra.[381] Tendo referidas pessoas o dever jurídico de agir para evitar danos ao ambiente, tornam-se, pela omissão, partícipes do fato delituoso.[382]

Tem-se por regra geral que não é sequer partícipe de um crime o indivíduo que não atua de modo a impedir a infração penal praticada por outrem, e isso porque não há, em regra, o dever jurídico de agir para se impedir o cometimento do delito. O dever moral pode até existir para impedir a prática do ilícito penal, mas não o dever jurídico, sendo a omissão, em tais casos, irrelevante.[383]

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz aduz que o dispositivo legal tratado coloca o dirigente da pessoa jurídica como co-responsável pela não adoção de providências de modo a atenuar os riscos inerentes à sua atividade. Para a autora, tal forma de responsabilização criminal pode ser justificada pelo risco característico do modelo social em que vivemos.[384]

No âmbito dos crimes praticados contra o patrimônio ambiental cultural, decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilização do réu pelo simples fato de figurar no quadro associativo de uma pessoa jurídica que, na condição de locatária, teria se omitido em sua obrigação de impedir a deterioração do imóvel tombado. Nesse

---

[380] Sobre tal hipótese de relevância da omissão Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa asseveram que a Lei n. 9.605/98 criou, em seu art. 2º, uma figura de garante extremamente ampla: "Mencionado dispositivo, à toda evidência, é bastante questionável à luz das características do instituto do garante, figura que deve ficar restrita a casos bastante específicos, pois equipara a omissão em evitar uma ação alheia à própria ação lesiva ao bem jurídico". Eduardo Reale Ferrari; Helena Regina Lobo da Costa. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 247. Essa também é a postura de Luiz Regis Prado: "Trata-se de uma norma genérica que prevê a modalidade especial de delito omissivo impróprio, sem o correspondente tipo legal. Ademais, não se estabelece nenhum dever de agir. É o disposto, simplesmente, inaplicável". Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 179.

[381] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

[382] Édis Milaré. A nova tutela penal do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1999. p. 100.

[383] Marcello Ovidio Lopes Guimarães. Capítulo I: disposições gerais – arts. 1º a 5º. In: Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza (Coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 39-40.

[384] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

sentido, deciciu o Tribunal pela não instauração de processo criminal por crime contra o patrimônio cultural, entendendo que se não for demonstrado o vínculo entre a conduta e o agente, pode-se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva. No julgado, destaca-se que a inexistência de elementos individualizados que apontassem a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofenderiam o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia.[385]

Nos casos de crimes omissivos praticados pela pessoa jurídica deve-se identificar a figura do garantidor em uma das pessoas físicas determinadas pelo art. 3º da Lei Ambiental. Havendo a decisão de omitir o comportamento devido para o impedimento do resultado lesivo, caberá falar em crime comissivo por omissão praticado pela pessoa jurídica.[386]

Para a autora, a análise do disposto no art. 3º da Lei nº 9.605/98 deve ser feita em conjunto com o seu art. 2º. Nesse sentido, se o representante da pessoa jurídica efetivamente encontrar-se nas hipóteses previstas no dispositivo mencionado, ele será co-autor da pessoa jurídica e responsabilizado na medida de sua culpabilidade.[387] E continua afirmando que tal conclusão adequa-se ao princípio da culpabilidade e impede a "responsabilização objetiva fundamentada exclusivamente no cargo desempenhado pelo sujeito e apontado para uma imputação limitada pela culpabilidade [...]".[388]

---

[385] "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PACIENTE QUE FOI DENUNCIADO APENAS POR INTEGRAR O QUADRO ASSOCIATIVO DE EMPRESA QUE TERIA PERMITIDO A DETERIORAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO MÍNIMA DE SUA CONDUTA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1. Embora não seja necessário a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado, nos crimes societários, não se pode conceber que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. 2. **O simples fato de o réu figurar no quadro associativo de uma pessoa jurídica que, na condição de locatária, teria se omitido em sua obrigação legal de impedir a deterioração do imóvel tombado, não autoriza a instauração de processo criminal por crime contra o patrimônio cultural, se não restar comprovado o vínculo entre a conduta e o agente, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva.** 3. **A inexistência absoluta de elementos individualizados que apontem a relação entre os fatos delituosos e a autoria, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia.** 4. Recurso provido para, reconhecendo a inépcia da denúncia, por ausência de individualização da conduta, determinar o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do Recorrente." (STJ – 5ª Turma – RHC 19488/RS – proc. nº 2006/0096465-2 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJU 03/11/08 – grifo nosso).

[386] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

[387] Ibid. p. 261.

[388] Ibid. p. 262.

A autora prossegue identificando que se deve fazer um reparo à interpretação que corriqueiramente vem sendo dada aos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/98, pois nem sempre ocorrerá o concurso necessário entre pessoa jurídica e pessoa física, seja este o dirigente, seja o empregado. Não se trata de hipótese de inculpabilidade destes agentes, mas de situações em que não se consegue efetivamente obter a individualização de uma conduta, por parte da pessoa física, na hipótese desta atuar como mero instrumento da organização.[389]

Esta situação pode ocorrer quando o delito ambiental decorrer não de um ato específico, mas de defeitos na organização da empresa, de decisões tomadas não especificamente em relação a certo ato, mas por força de um modelo de gestão dos negócios, programados por seus dirigentes e que efetivamente constituem falhas na observação das medidas e cuidados capazes de prevenir os riscos ao bem ambiental decorrentes da atividade da organização.[390]

Outra situação possível é a prática de crime ambiental com a utilização da estrutura da empresa, em que somente o dirigente venha a ser responsabilizado. Para a responsabilização penal da pessoa jurídica, a autora assevera que:

> [...] é necessário a co-existência de todos os requisitos, nos termos do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais. Assim, caso o dirigente haja utilizado a empresa como *instrumento* de seu delito, cometido não em benefício e no interesse desta, mas no seu próprio, a sua responsabilidade é exclusiva, e se tratará do caso de autoria simples.[391]

Ao abordar a problemática do comportamento omissivo nos crimes ambientais, Pedro Marchão Marques aponta que a pedra de toque nesta questão reside na correta compreensão e delimitação do que deve entender-se por dever de garante. Este ponto é tanto mais importante quanto é sabida a sua conexão imediata com o princípio da legalidade e, ainda, com o princípio da reserva de lei. A determinação das posições de garante tem sido configurada pela doutrina, especialmente a alemã, a partir de planos que complementam os tipos, estabelecendo-se como fontes do dever de garantia: a lei, o

---

[389] Ibid. p. 263.
[390] Ibid. p. 263.
[391] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 263.

negócio jurídico, as situações de ingerência, monopólio, estreita comunidade de vida ou dever de controle de uma fonte de perigo.[392]

Para aceitar esta teorização, Pedro Marchão Marques afirma ser imperioso encontrar um *quid* jurídico complementar que permita fundamentar daqueles planos e, desse modo, salvaguardar o princípio da legalidade. O ponto essencial consiste ainda assim em saber quando deve a garantia, em uma relação comunicacional fática, ascender a um elemento do tipo dos crimes comissivos por omissão, apresentando-se, dessa forma, a norma jurídica que protege o bem considerado.[393]

Como refere o autor, o ponto central reside na esfera de domínio positivo do omitente. O omitente tem o poder de intervir, em termos reais, no nexo causal de evitação do resultado danoso. Em segundo lugar, e esta talvez seja a contribuição mais valiosa para a problemática em análise, tem a ordem jurídica que fornecer um substrato fundamentador desta vinculação.[394]

Analisando o dever de intervir do omitente, Juarez Tavares assevera que esses não são limitados apenas por fontes formais, o que denota possuírem um conteúdo mais amplo, de modo que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas apresenta um componente pré-jurídico inafastável: o caráter social empreendido nas relações entre as pessoas – em virtude do qual se impõe para algumas a proteção das outras. Tais fundamentos do dever de impedir o resultado, que ampara a posição de garante, por si sós não são suficientes para caracterizar e explicar a situação geradora desse dever, ou apontar o conteúdo social da omissão, mas para garantir uma inequívoca simetria "entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade".[395]

Na combinação desses dois critérios, como aduz o autor:

---

[392] Pedro Marchão Marques. *Crimes ambientais e comportamento omissivo*. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999. p. 124.
[393] Ibid. p. 125.
[394] Pedro Marchão Marques. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999. p. 125.
[395] Juarez Tavares. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.4, n.15, jul./set. 1996. p. 147.

> [...] deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da ingerência, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ele mesmo violado um dever de cuidado. Essa limitação da ingerência, sugerida por Rudolphi, é necessária para restringir a amplitude do atuar precedente, evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.[396]

Como exposto, o art. 2º da Lei n. 9.605/98 procurou sancionar penalmente a conduta daqueles que, tendo conhecimento da conduta criminosa contra o meio ambiente, não evitem sua ocorrência. Inovou a norma em referência com a criação de um dever genérico de garantidor muito amplo, incompatível com as características do garante genérico apontadas na Parte Geral do Código Penal, que, considerando igual a omissão de evitar uma ação de outrem lesiva a um bem jurídico à própria ação lesiva contra tal bem, não chega, contudo, a responsabilizar pessoas que, no nexo causal, encontram-se tão distante do resultado danoso. É possível mesmo afirmar que o garante da Lei n. 9.605/98 encontra-se lastreado mais pelo conhecimento do evento danoso do que propriamente pela possibilidade de evitá-lo. Isso pode gerar graves problemas ao Direito Penal, ante a possibilidade de ocorrência da responsabilidade penal objetiva, inadmitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, melhor seria se a referida lei delimitasse com maior precisão o seu âmbito de incidência, criando um rol mais delimitado de casos no qual determinada pessoa física seria garante do resultado lesivo nos crimes contra o meio ambiente.

---

[396] Ibid. p. 147.

4. O MULTICULTURALISMO E SEU REFLEXO NA INTERPRETAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

Extrai-se do léxico que diversidade significa um conjunto variado, uma multiplicidade. Já cultura, identifica o conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos, costumes que distinguem um grupo social. Como assevera Miguel Reale: "[...] a cultura – abrangendo tudo o que o homem sente, pensa e quer – no fundo não é senão a *unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da espécie humana*".[397]

A complexidade cultural tem sua origem nas mais diversas situações, apresentando causas históricas, econômicas, políticas e, ainda, derivadas de fenômenos como a imigração e os processos de colonização. Desde os primórdios, o ser humano convive com diferentes realidades sociais e com culturas distintas. No âmbito nacional e da comunidade, a convivência com tal diversidade sempre apresentou maiores problemas e desafios.

Em relação aos crimes contra o patrimônio ambiental cultural, há certa dificuldade em se estabelecer a consciência acerca da valoração do bem a ser protegido. Isso ocorre por se tratar de um setor complexo de proteção, e pela falta de compreensão por grande parte dos indivíduos acerca do conceito de "valor cultural".

Javier Guardiola García entende que, no âmbito normativo, o caráter multiétnico de uma sociedade exige opções de base. Estas opções que não podem ser ignoradas, porque a ignorância já é uma tomada de posição. Não se pode desconhecer que a norma se aplica sobre um substrato social multiétnico. Em outras palavras, ela deve necessariamente evitar a multietnicidade e lhe dar uma resposta, já que a sua ignorância corresponde a sua negação.[398]

---

[397] Miguel Reale. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 17.
[398] Javier Guardiola García. Problemas normativos en las sociedades multiétnicas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, v.1, 2004. p. 258.

Para saber o que é uma sociedade multiétnica, é necessário delimitar o conceito de etnia, e extrair dele alguns elementos essenciais. Deles se seguirão os extremos, que caracterizam uma sociedade como multiétnica. O autor considera grupo étnico ou etnia uma coletividade que se identifica consigo mesma, a qual é identificada pelos demais, conforme critérios étnicos, e que comporta um sentimento comum de identidade com outros membros do grupo. O elemento étnico diferencial e de identificação pode ser de caráter racial, linguístico, nacional, religioso, dentre outros, ou mesmo uma combinação deles.[399]

É possível reconhecer na evolução das ideias jurídicas um itinerário que atendeu primeiramente à igualdade formal dos direitos – com a Ilustração e logo após com as revoluções burguesas –, mais tarde à consecução de uma igualdade material, e finalmente a importância do direito à diferença.[400] Uma série de processos inconclusos, ainda em desenvolvimento, começam em momentos diferentes e evoluem paralelamente, integrando-se em um novo processo do direito às diferenças, que ao fim não é senão a expressão, em âmbitos determinados, da igualdade de direitos em sentido material, no seio de uma sociedade plural.[401] Javier Guardiola García conclui que não basta a adoção de uma posição no plano teórico, nem sequer nas instâncias de poder institucionalizado. A opção pelo pluralismo cultural deve ser feita por toda a sociedade, ou não se faz.[402] Não basta a convicção teórica e nem o impulso administrativo. Nenhum esforço institucional será suficiente se o conjunto da sociedade não assumir este desafio, a fim de transformá-lo em realidade.[403]

---

[399] Javier Guardiola García. Problemas normativos en las sociedades multiétnicas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, v.1, 2004. p. 259.

[400] No apontamento de Celso Lafer, foi Tobias Barreto: "[...] o pioneiro do culturalismo no Brasil; [...] buscou interpretar a caracteriologia do nosso país e almejou construir uma teoria geral da sociedade brasileira e de suas grandes tendências evolutivas, elaboradas pela observação e pela razão [...]". Celso Lafer. Mario Losano: sua contribuição para o estudo de Tobias Barreto. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 217, v. 54, 2005. p. 35-36.

[401] Javier Guardiola García. Problemas normativos..., cit. p. 268.

[402] A opção pelo pluralismo cultural só pode efetivar-se em um processo de evolução emocional e mental do homem, que é o mesmo processo da civilização, da cultura humana em geral, encarada pelo seu lado íntimo. O conhecimento desse processo é sobretudo um conhecimento histórico." Tobias Barreto. *Estudos de sociologia*. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1962. p. 162.

[403] Javier Guardiola García. Problemas normativos..., cit. p. 271.

Enrique García Vitor assevera que é precisamente este consenso, concretizado no texto constitucional,[404] que possibilita a consagração da proteção da liberdade de consciência como direito fundamental, assim como a tutela da identidade étnica cultural dos habitantes do país particular, o que deve fundamentar a solução de controvérsias no âmbito da dogmática.[405] Nesta visão distinta do contrato, as culturas minoritárias têm uma valoração igualitária em respeito às preponderantes, por mais que em sua convivência a tensão entre essas se resolva a favor da hegemônica, por ser aquela que detém o poder.[406]

Nada obstante, aduz o autor:

> […] no invalida el esfuerzo constructivo, pues a la hora de resolver los particulares conflictos que se susciten, aquella relación igualitaria será, sin dudas, de suma utilidad, alejando las visiones maniqueas del problema que en una sociedad cambiante y en conflicto – en permanente tensión –, implicara siempre un acuerdo que tendrá como perfil caracterizante a la provisoriedad, nunca a la permanencia *ad infinitum*.[407]

Além dos pontos que fazem a relação entre identidade individual e cultura, é necessário tutelar as próprias culturas minoritárias das imposições da sociedade majoritária, que confronta com o trato igualitário e o espírito dos acordos históricos, ou com a ideia de que a diversidade deve ser promovida.[408]

Walter Claudius Rothenburg assevera ser complexa a solução de conflitos eventualmente surgidos entre manifestações culturais antagônicas e que opõem, frequentemente, concepções majoritárias a minoritárias. Como exemplo, no campo religioso, um grupo de alunos e seus pais, provavelmente não-cristãos, solicita que seja retirado o crucifixo da sala de aula de uma escola pública. No campo civil, representantes de etnias minoritárias reivindicam que suas datas mais significativas também sejam previstas como feriados. A construção de uma importante rodovia pode implicar a

---

[404] A franca opção por um regime democrático adotado pela Constituição pátria em seu art. 1º, traduz a assunção das diversas manifestações culturais existentes, em um compromisso de respeito pluralista. Trata-se de uma democracia constitucional baseada no pluralismo como princípio. Walter Claudius Rothenburg. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 53.

[405] Enrique García Vitor. Culturas diversas y sistema penal. *Criminalia*, México (D. F.), n. 70, v. 1, ene./abr. 2004. p. 9.

[406] Ibid. p. 10.

[407] Ibid. p. 10.

[408] Ibid. p. 13.

destruição de um sítio arqueológico. Moderno prédio, sintonizado com a estética e funcionalidade contemporâneas, desfigura a região antiga onde se pretende construí-lo.

Sobre animais, ressalte-se a propositura de uma ação civil pública promovida por uma associação de ambientalistas para proibir a farra do boi, tradicional festa popular dos descendentes de açorianos em Santa Catarina. Neste caso, aduz Walter Claudius Rothenburg, deve-se optar entre a determinação constitucional de proteção às manifestações das culturas dos grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º, da Constituição pátria), aí incluídas as formas de expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, I), e a proibição constitucional de práticas que submetam os animais à crueldade (art. 225, § 1º, VII).[409]

Enrique García Vitor defende que os direitos diferenciados, em função do grupo para as minorias, são coerentes com os princípios básicos da liberdade individual e da justiça social.[410] Deve-se olhar a diversidade étnica e cultural não como um desastre e um inevitável foco de conflitos, mas como possibilidade de orientar políticas multiculturais que, mediante a tolerância e a união entre homens, possam proporcionar um caminho de justiça, impossibilitando a prevalência de um grupo sobre outro, bem como da opressão do grupo sobre seus membros.[411]

O conceito de cultura oferecido pela antropologia social ou cultural é suficientemente amplo para permitir a sua restrição no âmbito jurídico, importando levar em consideração que o conceito não pode ser proporcionado e nem modificado pelo conhecimento jurídico. Por ser objeto de estudo específico de outra ciência, no campo do estritamente normativo é sua tarefa proporcionar um sistema de interpretação, "por más que esto ya no se encuentre desestimado por los juristas, tal como se le hacia desde posturas positivistas".[412]

---

[409] Walter Claudius Rothenburg. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 54.

[410] Nesse sentido, Tobias Barreto aduz: "É mister bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um phenomeno histórico, um producto cultural da humanidade." Tobias Barreto. *Estudos de direito: publicação posthuma dirigida por Sylvio Roméro Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Ed., 1898. p. 151-152.

[411] Enrique García Vitor. Culturas diversas y sistema penal. *Criminalia*, México (D. F.), n. 70, v. 1, ene./abr. 2004. p. 13.

[412] Ibid. p. 20.

José Hurtado Pozo aduz que, se alguém viola as normas culturais, por exemplo, por meio de uma ação incriminada numa disposição penal, é formulado um juízo de reprovação e exigida reparação, ou impõe-se um castigo a ela. Isso pressupõe que o ato possa ser a ela imputado, e isso será possível apenas se ela for capaz. O ato deve ser tido como obra de sua autoria e de sua iniciativa, a qual supõe liberdade de atuação.[413]

As diferenças entre culturas não só existem em relação às pautas de comportamento, como também em respeito aos critérios de imputação de atos e de formulação de juízos de reprovação.[414] Por isso, o autor defende que a determinação sobre se uma pessoa é ou não capaz depende, em princípio, de critérios culturais e não apenas biológicos ou sociológicos. O critério da inimputabilidade ou irresponsabilidade, regulado tradicionalmente nos códigos penais, supõe sujeitos socialmente integrados, ou seja, pessoas que assimilaram devidamente as pautas culturais, que são o fundamento da lei penal.[415]

Nesse sentido, uma pessoa que não respeita estas pautas culturais pode atuar com a assimilação deficiente da pauta de comportamento violada. Neste caso são aplicadas as normas legais comuns para determinar a sua responsabilidade, como nos casos em que houver falha na assimilação da pauta cultural, devido a uma doença mental grave, ou de erro de proibição, quando por uma deficiente assimilação das pautas culturais o agente pensa erroneamente que seu comportamento não é delituoso.[416]

---

[413] José Hurtado Pozo. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: Ana Sampedro Arrubla Messuti; Julio Andrés (Org.). *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 150.

[414] Sobre as diferenças culturais entre os indivíduos, ensina Tobias Barreto que: "As diferentes fases do desenvolvimento da espécie, desde a época *paleolítica* até o presente, coexistem no fundo da vida emocional de qualquer sociedade moderna. Assim como ainda há indivíduos civilizados, que pela sua organização podem oferecer assunto para uma página de morfologia pré-histórica, assim também há outros, no seio mesmo da maior cultura, que pelo lado íntimo, sobretudo pelo lado sensível, fornecem matéria à psicologia das épocas de pedra. Todo mundo sabe de cor a velha máxima: - os grandes homens são contemporâneos dos séculos futuros, por seus pensamentos. Bem, podemos glosar e dizer que os pequenos homens são contemporâneos dos séculos passados, por seus sentimentos". Tobias Barreto. *Estudos de sociologia*. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1962. p. 180.

[415] José Hurtado Pozo. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: Ana Sampedro Arrubla Messuti; Julio Andrés (Org.). *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 150.

[416] Ibid. p. 150.

Sobre a atuação do Estado por meio do Direito Penal em casos específicos, como tribos que vivem isoladas, indaga José Hurtado Pozo se tal intervenção seria conveniente. O que parece justificar uma resposta positiva para o autor é a importância do bem ou do direito violado. Do contrário, ninguém pretenderia punir os nativos da selva como responsáveis por exibições obscenas por andarem nus, ou como no âmbito da proteção ao patrimônio ambiental cultural, sancionar tais nativos por promoverem "construção" em solo não edificável, em razão de seu valor arqueológico, sem autorização da autoridade competente.[417]

Em tais casos, defende o autor ser desnecessária a proteção penal, visto que seus efeitos seriam mais negativos do que se respeitada, em primeiro lugar, a relação do próprio grupo social e, ao mesmo tempo, favorecida uma melhora substancial em suas condições materiais de vida.[418] Todavia, se o grupo social está mais ou menos em contato com o sistema cultural predominante, a exemplo da cultura das comunidades indígenas dos Andes, que foi profundamente modificada, mas conserva traços próprios e influenciou a cultura majoritária do país. O problema, conclui o autor, está em como respeitar as diferenças culturais dos diferentes grupos sociais.[419]

Destarte, como aponta o autor, a pretensão de impor por qualquer meio coercitivo, em particular mediante os gravames do Direito Penal, pautas culturais como se fossem as únicas verdadeiras ou corretas, não condiz com o respeito devido às outras manifestações culturais. Dessa forma, com base na identificação e no diálogo,[420] com os outros grupos, possibilita-se, a partir de seus próprios matizes culturais, os direitos humanos que, em seu núcleo intangível, constituem ou devem constituir o denominador comum de todo o sistema que respeite a dignidade da pessoa humana, por sua própria condição.[421]

---

[417] José Hurtado Pozo. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: Ana Sampedro Arrubla Messuti; Julio Andrés (Org.). *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 151.
[418] Ibid. p. 151.
[419] Ibid. p. 151.
[420] Por meio da educação, por exemplo, o Estado desempenha uma importantíssima tarefa cultural, não apenas relativa à transmissão de informações, mas de valores, dentre os quais se sobressai a tolerância. Walter Claudius Rothenburg. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 49.
[421] José Hurtado Pozo. Responsabilidad penal..., cit. p. 153.

Interessante sobre o tema é a posição de Jesús-Maria Silva Sánchez, que identifica um problema político, e também filosófico, na reflexão sobre a possibilidade da existência de um Direito Penal supracultural ou intercultural, no qual, deve ler-se, de modo mais exato, uma teoria da Política Criminal supracultural ou intercultural. Tal reflexão pode ser analisada sobre dois aspectos: por um lado, se é possível um mínimo comum da Política Criminal, indisponível, frente às pretensões relativistas dos enfoques culturalistas; e, por outro lado, qual seria o seu alcance. Se tal Direito Penal compreenderia, por exemplo, a supressão das penas corporais, a não penalização de condutas expressivas de liberdades básicas ou a impossibilidade de não penalizar condutas gravosas a bens jurídicos fundamentais.[422]

O autor defende que na Política Criminal existe um mínimo comum universal de proteção e de garantias, que se vincula à natureza da pessoa. Isso, para que "se acepte la relatividad sociocultural de la Política Criminal que se expresa en un determinado Derecho Penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social".[423]

A linha com que tudo isso assume o Direito Penal apresenta dupla valoração. A primeira filosófica, pois nela está em jogo o conceito que se tenha sobre a natureza da pessoa e a dignidade que lhe é própria. Já a outra é a política, porque, na prática, isso implica legitimar procedimentos de justiça universal, assim como a ingerência em outras sociedades. A postura adotada é que é legítima a introdução de soluções disfuncionais a um determinado sistema sócio-político, quando a sua Política Criminal afeta o núcleo de dignidade da pessoa. Com isso se coloca em destaque, ademais, a envergadura do problema consensual que é preciso assumir: "la determinación de tal núcleo resistente a los relativismos culturales".[424]

Nenhuma cultura, com seu conjunto de experiências, concepções e modos de vida, deveria, a princípio, ser julgada com o parâmetro exclusivo de outra cultura considerada como ideal e portadora de verdades absolutas.[425] Para não cair em formas de absoluto

---

[422] Jesús-Maria Silva Sánchez. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, v. 9, out./dez. 2001. p. 36-37.
[423] Ibid. p. 36-37.
[424] Ibid. p. 36-37.
[425] Ibid. p. 26.

agnosticismo e relativismo, não se exclui necessariamente da possibilidade de controlar a legitimidade dos comportamentos realizados por uma cultura.[426]

A respeito disso, afirma Alessandro Bernardi ser impositivo, desde uma perspectiva realista, considerar que a necessidade de respeitar e de assegurar as diferenças culturais não devem induzir a subestimar o problema derivado destas últimas. Nesse diapasão, o multiculturalismo, ao invés de favorecer o aumento das relações interpessoais e interculturais, constitui o fomento para a reivindicação das próprias tradições étnicas e nacionais, e para uma afirmação violenta, enquanto necessária, para o primado da própria cultura, ou seja, contribui para fomentar os piores instintos de intolerância a respeito daquele que é diferente.[427] Além da afirmação de qualquer princípio filosófico e ético da tutela das minorias, e desejando por um lado a exigência de manter, e se possível melhorar, a aceitação dos problemas sociais ocasionados pelo multiculturalismo, devem existir opções político-criminais conciliadoras ao máximo, não obstante os riscos de sofrerem rechaço, por caracterizarem soluções avançadas, em comparação com o atual nível de tolerância.[428]

Para Alessandro Bernardi a consciência de viver em uma sociedade multicultural deve causar a redução ao máximo das proibições em relação aos costumes alheios, consistindo nos limites do possível as práticas inspiradas em concepções diversas, eventualmente circunscrevendo sua realização a espaços determinados. Tais práticas, salvo exceções fundadas em razões imperativas, sobretudo na Constituição,[429] devem ser toleradas independentemente do fato de apresentarem-se como resultado da formação recebida na comunidade de origem, ou constituírem o fruto de uma busca e opção

---

[426] Alessandro Bernardi. El derecho penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 8, 2002. p. 26.

[427] Manuel Delgado critica o multiculturalismo, asseverando que se fundamenta na "diversidade cultural", segundo a qual apenas alguns seriam diferentes; e no fato de a sociedade estar dividida em grupos culturais claramente definidos, reconhecidos e aceitos. O autor faz referência ao multiculturalismo como "*a retórica en última instancia vacía y larvadamente racista*". Manuel Delgado. Cohesión no es coherencia: diversidad cultural y espacio público. In: Francisco Javier de Lucas Martín (Org.). *La muticulturalidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 342 e 347.

[428] Alessandro Bernardi. El derecho penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, n. 8, 2002. p. 27.

[429] A Constituição deve assegurar uma perspectiva de integração cultural. Porém, a integração normativa não deve ocultar ou oprimir as diversas e eventualmente divergentes concepções que compõem o mosaico social, particularmente diversificado no Brasil. A Constituição deve representar justamente o compromisso de tolerância e harmonia, nisso residindo muito seu efeito integrador. Walter Claudius Rothenburg. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004. p. 43.

individual. Essas considerações valem, com maior razão, em relação à "intervención penal, dado que también aquellos que no se someten a los dictados del derecho penal mínimo, están de acuerdo en atribuir al derecho penal un papel de *ultima ratio*".[430]

Por todas estas razões é possível afirmar que, na sociedade multicultural, o recurso ao instrumento penal, a respeito das minorias, deve levar-se a efeito em relação àqueles comportamentos que se caracterizam por um irremediável conflito com os direitos fundamentais dos associados, ou com os interesses supremos do Estado liberal. Nesse sentido, nos países ocidentais de sociedades diferenciadas por um amplo nível de homogeneidade no âmbito religioso e nos costumes, a pretensa relação de circularidade existente num tempo entre culturas e valores, e tipos penais e sanções, pode ser preservada por "un espíritu de tolerancia destinado a faltar únicamente en presencia de comportamientos aptos a poner à dramática mente en crisis la estabilidad social".[431]

Na doutrina italiana, ao abordar o multiculturalismo, Luca Monticelli retrata o sentimento cultural com o fenômeno chamado *cultural defense*, que define como uma causa atenuante ou de exclusão da pena, que pode ser invocada por imigrantes, refugiados, populações indígenas, ou de qualquer forma por pertencente a minorias, com uma bagagem cultural diversa dos costumes e dos usos geralmente seguidos e aceitos pela maioria da comunidade.[432]

O autor se refere a uma reação cultural (ou culturalmente motivada ou orientada), quando a ação de um imigrante, de um indígena ou de uma pessoa que pertença a uma cultura minoritária, por ser considerada crime (expressão da cultura majoritária), vem justificada, aceita, promovida ou aprovada no interior do próprio grupo. A reação cultural, portanto, configura-se somente diante do pressuposto de que a bagagem cultural do agente teve lugar importante, quase decisivo, na realização da conduta criminosa.[433]

---

[430] Alessandro Bernardi. El derecho penal…, cit. p. 34-35.
[431] Alessandro Bernardi. El derecho penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, n. 8, 2002. p. 36.
[432] Luca Monticelli. Le 'cultural defenses' (esimenti culturali) e i reati 'culturalmente orientati': possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale. *L'Indice Penale*, Padova, n.6, v. 2, mag./ago. 2003. p. 536.
[433] Ibid. p. 540.

Independentemente das críticas que podem ser movidas às soluções específicas judiciárias, e ao balanço de interesses que operaram no ilícito jurídico culturalmente orientado, é possível concluir que, hoje, o recurso ao Direito Penal nos confrontos dos membros de minorias étnicas deve ser reservado àquelas condutas que são caracterizadas por uma inevitável lesão aos direitos fundamentais acolhidos pelos destinatários das regras do país que os hospedam. Com o advento do multiculturalismo:

> [...] l'auspicabile equilibrato rapporto tra diversità culturali e valori prevalenti potrà essere, forse, realizzato attraverso in mirato ritorno alla sanzione penale come *extrema ratio*, in cui i valori dell'eguaglianza e della tolleranza cedono il passo soltanto dinanzi a fatti che pongono in crisi i diritti fondamentale, idonei ad offendere sia i beni della persona umana che la stabilità sociale.[434]

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz aduz que, em muitos casos, o criminoso ambiental é uma pessoa inculta, que pratica o crime ambiental por conta de um desconhecimento da norma de proibição ou até mesmo por razões sócio-culturais, que o levam a, por exemplo, praticar um crime contra o patrimônio cultural. Em tais casos, em algumas situações, afirma a autora que:

> [...] é o caso de se aplicar a exclusão da culpabilidade ante a sua falta de motivação em relação à norma, oriunda do seu desconhecimento, sequer potencial, da ilicitude da sua conduta, relacionado a um déficit de socialização. Em outras, aplicar-se-iam causas de redução da culpabilidade e em outras ainda essas peculiaridades se refletiriam na aplicação da pena, nos termos do art. 14 da Lei 9.605/98 e 59 do Código Penal.[435]

Considera a autora que o perfil cultural do sujeito ativo de um crime ambiental deve ser levado em consideração, não apenas para se excluir ou reduzir a culpabilidade, em casos limite, mas, ainda, em respeito às funções preventivas e educativas do Direito Penal do Ambiente, quando da aplicação da sanção penal, de modo que esta, ao ser aplicada, funcione para promover uma preocupação ética para a preservação do meio ambiente.[436]

Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz conclui que a aferição da culpabilidade do infrator penal ambiental e a sua integração com a sanção criminal devem visar,

---

[434] Luca Monticelli. Le 'cultural defenses' (esimenti culturali) e i reati 'culturalmente orientati': possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale. *L'Indice Penale*, Padova, n.6, v. 2, mag./ago. 2003. p. 585.

[435] Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 213-214.

[436] Ibid. p. 216.

precipuamente, incrementar sua motivação para o respeito futuro às normas de proteção ambientais como um todo, e não apenas as normas penais ambientais. E assevera: “o simples argumento em prol de uma educação ambiental não pode servir para a aplicação de penas sem culpa”.[437]

Destarte, encontra-se na sociedade a problemática relativa ao multiculturalismo, particularmente na interpretação dos tipos penais de proteção ao patrimônio cultural. Apresentam-se algumas posturas doutrinárias sobre o tema, aduzindo-se que, independentemente das críticas que podem ser movidas às soluções judiciárias específicas, a imposição dos gravames do Direito Penal deve respeitar as distintas manifestações culturais, dentro de um sistema que respeite a dignidade da pessoa humana, por sua própria condição.

[437] Ibid. p. 217.

CONCLUSÃO

O presente estudo intentou demonstrar a problemática da proteção penal do patrimônio ambiental cultural, em especial, pelo fato do legislador pátrio em 1998, há pouco mais de dez anos, editar a chamada Lei dos Crimes Ambientais, na qual introduziu quatro tipos penais designados para tutela do ordenamento urbano e do patrimônio cultural.

Para a compreensão do tema proposto necessário se fez apreender a dimensão complexa na qual se encontra o patrimônio cultural. O meio ambiente como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, que propicia o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, necessita da ciência jurídica, que o estuda em suas dimensões humana, ecológica e econômica, as quais devem se harmonizar em um conceito de desenvolvimento sustentado, com o reconhecimento do ser humano como parte integrante e modificador da natureza.

Já o conjunto de bens destinados ao usufruto da comunidade recebe a denominação de “patrimônio ambiental nacional”, integrado pelo patrimônio ambiental natural, artificial e cultural, todos de terceira geração, destinados à coletividade e distinção caracterizada pelos valores ambientais específicos dos seus componentes.

Verificou-se que a proteção dos bens culturais que integram o patrimônio cultural de cada Estado é uma forma de assegurar a integridade desse patrimônio e também constitui uma forma de assegurar o direito de toda humanidade de estudá-los, pesquisá-los, admirá-los, venerá-los, ou seja, exercer todas as funções vitais que decorram da existência desses bens.

Com base em tais conceitos identificou-se o bem jurídico-penal patrimônio cultural, cuja proteção materializa-se no objeto cultural, que legitima a necessidade de proteção, não pelo valor patrimonial, mas pelo valor cultural ínsito no bem, tratado pela doutrina como bem de interesse transindividual.

Ao tratar-se o patrimônio cultural como bem jurídico protegido verificou-se a possibilidade de conduzir ao equívoco de pensar que a norma penal está unicamente tutelando o aspecto material dos bens que o compõem, em detrimento da função social e cultural que exercem. As condutas de dano tipificadas a tal patrimônio não se criminalizam por sua exclusiva afeição pelo valor material, mas, por sua grave incidência na função social e cultural que os referidos bens desempenham.

Passou-se, então, ao estudo da Lei dos Crimes Ambientais de 1998, destacando-se, como aspecto positivo, que o patrimônio ambiental cultural, a partir daí, é algo distinto do bem jurídico-penal patrimônio.

No estudo do tipo que cuida da destruição, inutilização ou deterioração de bens culturais, com previsão no art. 62 da Lei n. 9.605/98, constatou-se que a norma penal protege o patrimônio cultural, incluindo em sua conceituação o patrimônio histórico, artístico e arqueológico, com ênfase conferida aos arquivos, registros, museus, bibliotecas, pinacotecas, instalações científicas e outros bens especialmente tutelados por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Um problema apontado pela doutrina no referido tipo é a indeterminação do “valor cultural” do bem, o que leva a uma grave insegurança jurídica, ponto este refutado por outros autores, que entendem este ser um pensamento que ignora o reconhecimento do valor cultural do bem, que se apoia em critérios objetivos.

Outro ponto controverso analisado neste delito foi a inovação, deveras criticada, de incluir-se a previsão da figura culposa de dano ao patrimônio cultural. Viu-se que, no âmbito do crime doloso, já é por demais delicado o problema de se estabelecer a consciência da ilicitude sobre a proteção deste ou daquele bem do patrimônio cultural. Tal se agrava no plano do crime culposo, com a decorrente inviabilidade do mencionado tipo.

Na análise do crime que trata da alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local protegido, sem a observância dos requisitos legais, constatou-se que o art. 63 da Lei n. 9.605/98 é norma penal que tutela o patrimônio cultural, em especial a integridade do aspecto de local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, protegendo o bem de qualquer tipo de modificação.

Questão de interesse na análise desse tipo identificou a prevalência na doutrina do entendimento de que os valores na norma penal tutelados são conceitos normativos pendentes de valoração judicial, que devem atender às qualidades do objeto e às valorações sociais vigentes no momento da aplicação do preceito.

Sobre o tipo que resguarda a promoção de construção em solo não edificável, ou no seu entorno, sem a observância dos requisitos legais, previsto no art. 64 da Lei n. 9.605/98, foi identificada importante discussão sobre a possível conversão dos delitos urbanísticos em delitos contra o meio ambiente humano ou ao patrimônio histórico, para justificar a sanção penal de condutas nas quais eles se basearam. Sob tal perspectiva preserva-se dimensão interpretativa do conceito do bem jurídico-penal.

Analisou-se o delito de pichar, grafitar, ou conspurcar edificação ou monumento urbano, referido no art. 65 da Lei n. 9.605/98, abordando-se que o tipo cuida da proteção aos aspectos estéticos da geografia humana, a beleza da paisagem urbana representada por suas construções e monumentos contra o seu desfiguramento ou poluição visual.

Posteriormente, foram verificadas questões de relevância para a compreensão da atuação do Direito Penal em tal seara, com o intento de suscitar a necessidade de discussão de tais temas e apresentar, de forma a não esgotar o assunto, pontos controversos discutidos na dogmática jurídico-penal. Nesse sentido, abordou-se a relação entre as instâncias de proteção do patrimônio cultural. Afora as medidas de caráter administrativo trazidas pela Constituição de 1988, para o acautelamento e preservação dos bens culturais, tais como o tombamento, a desapropriação, o inventário, entre outros, destacam-se também, nessa missão, os mecanismos de natureza judicial. Os instrumentos judiciais voltados a essa finalidade são, fundamentalmente, a ação civil pública, a ação popular e a ação penal pública.

Verificou-se que o Direito Penal não consegue englobar tantas minúcias na estrutura do tipo penal, e nesse mister recorre-se do Direito Administrativo, até para se preservar o princípio da unidade do Direito, evitando, assim, problemas decorrentes da adoção de uma linha de independência entre as instâncias.

A chamada acessoriedade entre Direito Penal e Direito Administrativo, com a utilização de normas penais em branco, em que pesem as críticas doutrinárias, não deslegitima o Direito Penal, tendo em vista que o princípio da legalidade seguramente não é violado nas normas penais cujas remissões ao Direito Administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado. Tal recurso ao Direito Administrativo deve ser feito até mesmo no caso de normas sem remissão expressa. Todavia, se a remissão é feita pela lei penal, está o próprio princípio da legalidade a impor que apenas o ato que viole o dispositivo de Direito Administrativo deva ser considerado penalmente proibido.

Destarte, apresentaram-se, ainda, em linhas gerais, alguns pontos polêmicos da Lei Ambiental, como a responsabilidade da pessoa moral e o seu concurso com particulares na prática de um delito ambiental. Numa perspectiva positivista, demonstrou-se o posicionamento da doutrina sobre o tema e a tendência dos tribunais superirores em admitir tal responsabilidade pela prática de crimes ambientais, desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com móvel próprio.

Constatou-se, ainda, o controverso alargamento da figura do garante genérico na perspectiva dos crimes ambientais, na nova hipótese de relevância da omissão elencada no art. 2º da Lei Ambiental, com a responsabilidade do diretor, administrador, 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, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Tendo referidas pessoas o dever jurídico de agir para evitar danos ao ambiente, tornam-se, pela omissão, partícipes do fato delituoso.

Nesse diapasão, afirmou-se que o garante da Lei n. 9.605/98 encontra-se lastreado mais pelo conhecimento do evento danoso do que propriamente pela possibilidade de evitá-lo. Isso pode gerar graves problemas ao Direito Penal, ante a possibilidade de ocorrência da responsabilidade penal objetiva, inadmitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Destacou-se, por fim, problemática na sociedade hodierna relativa ao multiculturalismo, particularmente na interpretação dos tipos penais de proteção ao patrimônio cultural. Apresentaram-se algumas posturas doutrinárias sobre o tema, aduzindo-se que, independentemente das críticas que podem ser movidas às soluções específicas judiciárias, e ao balanço de interesses que operaram no ilícito jurídico culturalmente orientado, é possível concluir que o recurso ao Direito Penal nos confrontos dos membros de minorias étnicas deve ser reservado àquelas condutas que são caracterizadas por uma inevitável lesão aos direitos fundamentais acolhidos pelos destinatários das regras do país que os hospedam.

Identificou-se que a pretensão de impor por qualquer meio coercitivo, em particular mediante os gravames do Direito Penal, pautas culturais como se fossem as únicas verdadeiras ou corretas, não condiz com o respeito devido às outras manifestações culturais. Com base na identificação e no diálogo com os outros grupos, possibilita-se, a partir de seus próprios matizes culturais, a proteção dos direitos humanos que, em seu núcleo intangível, constituem ou devem constituir o denominador comum de todo o sistema que respeite a dignidade da pessoa humana por sua própria condição.

Em suma, o presente trabalho concluiu ser o patrimônio ambiental cultural um bem jurídico suscetível de tutela penal, pois se concretiza em bens materiais diretamente lesionáveis e perceptíveis pelos sentidos, não como pura criação formal do direito, mas levando-se em conta sua preexistência à intervenção sancionatória penal.

A dificuldade maior reside na apreensão de tal bem, de caráter fluido e transindividual, com a necessidade de educação e políticas públicas voltadas à efetivação da proteção cultural, e toda carga de valores de identificação da civilização nele representada.

Este bem jurídico limita a intervenção penal dentro dos princípios que a norteiam no Estado Democrático de Direito, especialmente o da *ultima ratio* e da subsidiariedade, possibilitando a inclusão de relações com o multiculturalismo na análise dos tipos penais que o protegem. Apenas quando não for possível o controle por essas outras formas aplica-se o Direito Penal, com a observância dos princípios da legalidade e da tipicidade.

BIBLIOGRAFIA

ALASTUEY DOBÓN, Maria Carmen. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEMANHA. *Código Penal Alemán StGB, Código Procesal Penal Alemán StPO.* Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do direito ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito: publicação posthuma dirigida por Sylvio Roméro Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Ed., 1898.

_____. *Estudos de sociologia*. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1962.

BERNARDI, Alessandro. El derecho penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 8, 2002.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Fundamentos de la punición de los delitos urbanísticos en el derecho penal español. *Ciências penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 6, v. 4, jan./jun. 2007.

BRASIL. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil.* São Paulo: Teixeira & Irmão, 1891.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo Penal e linguagem.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CASTLEMAN, Craig. *Los graffiti*. Madrid: Hermann Blume, 1987.

CHILE. *Codigo Penal: edición oficial, aprobada por Decreto n. 663 de 30 de julio de 1999 del Ministerio de Justicia.* [S.l.]: Editorial Juridica de Chile, 1999.

COLÔMBIA. *Código Penal*. 4. ed. Bogotá: Temis, 2006.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 34, v. 9, abr./jun. 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese (Doutorado em Direito Penal). Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. O direito penal ambiental e as normas administrativas. *Boletim IBCCRIM*, n. 155, v. 13, out. 2005.

_____. Termo de ajustamento de conduta e crime ambiental. *Boletim IBCCRIM*, n. 190, v. 16, set. 2008.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUBA. *Codigo Penal*. Disponível em: < http://www.gacetaoficial.cu/html /codigo_penal.html #A11>. Acesso em: 22 de abr. 2009.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005.

_____. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, n. 6, v. 2, out./dez. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DELGADO, Manuel. Cohesión no es coherencia: diversidad cultural y espacio público. In: LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de (Org.). *La muticulturalidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa, 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ESPANHA. *Código Penal*: *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Constituição*. Disponível em: <http://www.la-moncloa.es/Espana/ElEstado/LeyFundamental/titulo_primero.htm>. Acesso em: 06 de out. 2009.

FERRARI, Eduardo Reale; COSTA, Helena Regina Lobo da. Capítulo VIII, seção III: da poluição e outros crimes ambientais – arts. 54 a 61. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA, Ivete Senise. Proteção do meio ambiente urbano e cultural. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*. v. 2. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – de acordo com a Lei 9.605/98*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FUNDAÇÃO CASA ensina grafite aos jovens em Bauru. *Portal do Governo do Estado de São Paulo*, São Paulo, 11 mai. 2009. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200993&c=5304>. A em: 15 set. 2009.

GARCÍA VITOR, Enrique. Culturas diversas y sistema penal. *Criminalia*, México (D. F.), n. 70, v. 1, ene./abr. 2004.

GOMES, Carla Amado. Desclassificação e desqualificação do patrimônio cultural: ideias avulsas. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 101, v. 26, jan./mar. 2005.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v.48, ene./abr. 1995.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, v. 14, jan./fev. 2006.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Problemas normativos en las sociedades multiétnicas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 82, v.1, 2004.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Capítulo I: disposições gerais – arts. 1º a 5º. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v. 46, ene./abr. 1993.

_____. Derecho penal del medio ambiente: especial referencia al derecho penal alemán. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 61, 1997.

_____. El derecho penal ambiental alemán y español : un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura convención europea sobre el derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 63, 1997.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HURTADO POZO, José. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Org.). *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

JORDANO FRAGA, Jesús. El Derecho ambiental del siglo XXI. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 36, v. 9, out./dez. 2004.

JUSTIÇA condena pichadora da Bienal. *G1*, São Paulo, 26 set. 2009. Justiça. Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,MUL13194265605,00JUSTICA+CONDENA+ PICHADORA +DA+BIENAL.html>. Acesso em: 14 out. 2009.

LAFER, Celso. Mario Losano: sua contribuição para o estudo de Tobias Barreto. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, n. 217, v. 54, 2005.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARA, Arthur Hunold. *Grafite: arte urbana em movimento*. Dissertação (Mestrado). Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

LECEY, Eladio. Crimes contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano na Lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 12, jul/set. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale, parte especiale – delitti e contravvenzioni (art.545 – art.734)*. v. 2. 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1953.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A fluidez do bem jurídico patrimônio cultural e o crime de dano ambiental culposo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 146, jan. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Pedro Marchão. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 77, v. 20, jan./mar. 1999.

MATA BARRANCO, Norberto J. de La; MATA BARRANCO, Ignacio de La . La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). *Dogmática y ley penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÉXICO. *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*. Disponível em: <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2009.

MILARÉ, Édis. A nova tutela penal do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1999.

_____. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2003.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio cultural é meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 43, jul./set. 2006.

_____. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, jul./dez. 2001.

MONTICELLI, Luca. Le 'cultural defenses' (esimenti culturali) e i reati 'culturalmente orientati': possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale. *L'Indice Penale*, Padova, n.6, v. 2, mag./ago. 2003.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERU. *Codigo Penal*. 4. ed. Lima: E.I.R.L, 2005.

PINTO, Inês Horta. Direito Penal do ambiente: complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PORTUGAL. *Código Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. *Lei n. 107, de 08 de janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf3/l-107 2001/downloadFile /file/L_107_2001.pdf?nocache =1181840448.03>. Acesso em: 22 de abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; CARVALHO, Erika Mendes de; ARMELIN, Priscila Kutne. Crimes contra o patrimônio cultural. *Ciências Penais*, São Paulo, n. 3, v. 4, jan./jun. 2006.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lições Preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, n. 2, jan./jun. 2005.

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

RENART GARCÍA, Felipe. Patrimonio histórico y derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário,* Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, v. 7, abr./jun. de 1999.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia. Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, v. 2, mar. 2000.

_____. Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 3, n. 29, jul./ago. 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Cultura e constituição: promoção e proteção jurídica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set./dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: RENGIFO, Carlos Simón Bello; ROSALES, Elsie (Org.). *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis.* vol. 2. Caracas: Intertextos Consultores, 1998.

SHECAIRA, *Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ângela. O impacto da mineração sobre o patrimônio histórico-cultural de Ouro Preto e Mariana. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, 2005.

SILVA, Fernando Fernandes. *A prevenção e a repressão do tráfico dos bens culturais na Convenção da Unesco (1970)*. Tese (Doutorado). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, v. 9, out./dez. 2001.

_____. Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, v. 6, jul./set. 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. As duas faces de Janus: a criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva – criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo IX, seção IV: dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.) *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista do IBCCRIM*, v.4, n.15, jul./set. 1996.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

URUGUAI. *Código Penal de la Republica Oriental Del Uruguay*. 6. ed. [S.l.]: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, 1996.

RESUMO

O presente estudo sobre o tema *O Direito Penal e a Proteção do Patrimônio Ambiental Cultural* objetiva promover uma reflexão sobre a importância do Direito Penal para a proteção do patrimônio ambiental cultural, no seio de uma sociedade multicultural. Para tanto, analisa as formas de proteção existentes no ordenamento jurídico, com enfoque na análise da atuação da dogmática jurídico-penal.

O patrimônio ambiental cultural é um bem suscetível de tutela penal, pois se concretiza em bens materiais diretamente lesionáveis e perceptíveis pelos sentidos, levando-se em conta a sua preexistência à intervenção sancionatória penal. A proteção do bem jurídico-penal *patrimônio cultural* materializa-se no objeto cultural, que legitima a sua necessidade de proteção, não pelo patrimônio em si, mas pelo valor cultural ínsito no bem, ou seja, pela função social e cultural que exerce.

Na missão de proteger o patrimônio cultural, o Direito Penal necessita de constante amparo do Direito Administrativo, uma vez que não consegue, sozinho, englobar tantas minúcias em seus tipos penais. A acessoriedade entre Direito Penal e Direito Administrativo, longe de deslegitimar o Direito Penal pela subversão ao princípio da legalidade, acaba por preservar o princípio da unidade do Direito, evitando, assim, problemas decorrentes da adoção de uma linha de independência das instâncias.

O estudo da proteção penal do patrimônio cultural envolve a discussão de alguns pontos polêmicos, constantes na Lei Ambiental. Dentre estes pontos é possível destacar, de um lado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e o seu concurso com particulares na prática de um delito ambiental, no sistema de dupla imputação ou de responsabilidade por ricochete e, de outro, o alargamento excessivo da figura do garante genérico, para abranger pessoas não relacionadas na Parte Geral do Código Penal.

A interpretação dos tipos penais de proteção ao patrimônio cultural não pode ignorar o multiculturalismo constante na sociedade. O recurso ao Direito Penal nos confrontos dos membros de minorias étnicas deve ser reservado àquelas condutas que são

caracterizadas por uma inevitável lesão aos direitos fundamentais acolhidos pelos destinatários das regras do país que os hospedam.

O patrimônio ambiental cultural deve ser incluído no pluralismo vivenciado pela sociedade, de forma a limitar substancialmente o objeto da proteção penal do patrimônio cultural e a interpretação das normas penais existentes, dentro dos princípios que norteiam o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, especialmente o da *ultima ratio* e da subsidiariedade.

ABSTRACT

This study about the *Criminal Law and the Environmental and Cultural Wealth Protection* aims to promote a reflection concerning the Criminal Law importance to the environmental and cultural wealth protection, within a multicultural society. In order to do that, it analysis the existing forms of protection in the legal system.

The cultural environmental wealth is a susceptible property of criminal tutelage, because it can be seen as directly injured and perceptible by the senses, taking into account the preexisting to the criminal sanctionable intervention. The protection of the criminal-justice *cultural wealth* materializes into the cultural object that legitimizes its protection need, not because the wealth itself, but because the cultural value innate in the wealth, that is, by the social and cultural function that it exercises.

In the mission to protect the cultural wealth, the Criminal Law needs a frequent support in the Administrative Law, because it cannot succeed, itself, covering a lot of criminal types. The ancillary between Criminal Law and Administrative Law, far from delegitimize the Criminal Law by the subversion to the legal principle, it preserves the principle due to Law unit, avoiding, in this way, problems concerning the adoption a line from independent instances.

The study relating the criminal protection about the cultural wealth involves the discussion about some polemic issues, which are in the Environmental Law. Among these issues it is possible to highlight, from one side, the criminal responsibility about the legal entity, and its concurrence with private relating the environmental delict, in the system about the double imputation or a rebound responsibility and, from the other side, the excessive extension of the generic warrant; it includes people not in the Penal Code General Part.

The interpretation relating the criminal types of the cultural wealth cannot ignore the multiculturalism in the society. The resource to the Criminal Law in confrontation to the ethnical minority members must be reserved to those manners which are characterized

by a inevitable injury due to the fundamental right accepted by the recipients of the rules from the country that are hosted.

The cultural environmental wealth must be included in the pluralism experienced by the society, to limit substantially the object of the criminal protection concerning the cultural wealth and the interpretation of the existing criminal rules, inside the principles which guide the Criminal Law in the Democratic State of Law, especially *ultima ratio* and subsidiarity.