PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

Evânio Moura[*]

Lucilla Menezes da Silva Ramos[**]

RESUMO: O presente artigo define patrimônio histórico e cultural, demonstrando a importância de sua proteção, discorrendo acerca de sua previsão constitucional e apontando o bem jurídico tutelado e a defesa dos direitos coletivos. Sublinha a relevância da proteção penal e da tipificação das condutas atentatórias ao patrimônio histórico, fixadas no art. 165 do Código Penal e art. 62, I, da Lei 9.605/98. Por fim, demonstra-se a violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, notadamente em razão da proteção jurídica deficiente de destacado bem jurídico, sendo imperiosa a mudança da legislação, adequando referido ilícito penal ao querer da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Histórico. Cultural. Tutela Penal.

1 CONCEITO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL E RELEVÂNCIA DE SUA PROTEÇÃO

Conceituar, definir e significar, *a priori*, implica em obstáculos epistemológicos e filosóficos, notadamente em razão da dificuldade em resumir num núcleo de palavras um sentido geral e universal de um determinado objeto de estudo.

Nesse quadro, deriva dos gregos antigos a ideia de que Conceito é algo um tanto generalista e transcendente. Pois, segundo os clássicos, conceituar seria encontrar a natureza das coisas, mais precisamente a sua essência necessária, pela qual não podem ser de modo diferente daquilo que são.

---

[*] Doutorando em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Processo Penal pela PUCSP. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UFS. Professor de Processo Penal da Pós-Graduação da UNIT/SE, Ciclo e EJUSE - Escola da Magistratura de Sergipe. Professor de Processo Penal da FANESE. Advogado. Conselheiro Federal da OAB (2013/2015). Procurador do Estado de Sergipe.

[**] Graduada em História Licenciatura pela Universidade Federal de Sergipe e acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Nicolla Abagnano[1] no verbete Conceito, presente no *Dicionário de Filosofia*, destaca que nos primórdios da filosofia grega, o Conceito apareceu como o termo conclusivo de uma indagação, prescindindo, na medida do possível, da mutabilidade e visando àquilo que o objeto é "realmente", isto é, à sua "substância" ou "essência".

Diante dessa clássica concepção, o Conceito é considerado um signo que se subtrai à diversidade e à mudança de pontos de vista ou de opiniões, porque se refere às características que, sendo constitutivas do próprio objeto, não são alteradas pela mudança de perspectiva.

A discussão filosófica e a problematização sobre essa palavra continua com outros filósofos da envergadura de Descartes, Spinoza, Kant, Hegel e Locke[2]. Dessa forma, imprescindível pensar que algo tão comum e corriqueiro, como o criar e/ou reproduzir Conceitos, derivou de longas e preciosas argumentações.

Superado esse escopo introdutório, urge perscrutar o presente tema, dentro das limitações próprias do objeto deste estudo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, ampliou o conceito de patrimônio histórico estabelecido pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, substituindo a denominação Patrimônio Histórico e Artístico, por Patrimônio Cultural Brasileiro.

Enquanto o Decreto de 1937 estabelece como patrimônio *"o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico"*, o artigo 216 da Constituição Federal de 1988 conceitua patrimônio cultural como sendo 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"*[3].

Importante registrar que a nomenclatura Patrimônio Cultural Brasileiro foi inserida de forma inédita na Carta Magna de 1988[4], traduzindo a ampla concepção de cultura de matiz antropológica e sociológica, indo além, portanto, daquele saber formal, acadêmico e excepcional[5].

Sobre esse ponto, destaca Zandonade que:

> (...) em lugar da estreita noção que inspirava a legislação anterior, refletida na limitação da tutela a

> objetos filiados a padrões de conhecimento formais, a Assembleia Nacional Constituinte adotou uma ampla concepção de cultura, perceptível na determinação, contida na Carta de 1988, de tutela dos traços característicos do modo de vida da sociedade brasileira, nas variadas facetas dos grupos participantes de sua formação[6].

Nessa redefinição promovida pela Constituição Federal de 1988, estão as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Constituindo-se assim no Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro.

A preocupação em preservar e perpetuar os feitos humanos já estava presente nos gregos ao demonstrarem, no século V a.C., a intenção em proteger tais feitos da ação do tempo. Não é à toa que Heródoto é considerado o Pai da História. Na sua obra *História*, um clássico da literatura ocidental, ele escreve que os resultados das investigações que serão apresentados servem para que *"[...] a memória dos acontecimentos não se apague entre os homens com o passar do tempo"*[7]**.**

A institucionalização de uma política de proteção e tutela da cultura no plano do Direito teve como mote dois importantes movimentos sociais que foram marcos na história ocidental da Humanidade – a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Segundo Zandonade[8], esses dois movimentos foram responsáveis por imprimir aos elementos culturais uma ótica que foi da destruição à preservação, apontando referida autora que durante a Revolução Francesa fora institucionalizado pelo Estado Revolucionário a destruição dos objetos e monumentos ligados à Monarquia e ao Feudalismo, num intuito de eliminar traços culturais que se queria combater e apagar da memória do povo.

Esse mesmo fato ocorreu no período da Revolução Industrial, onde os avanços produzidos pela industrialização também foram responsáveis pela larga demolição de prédios antigos para dar lugar a novas construções. Vaticina Zandonade[9] que o solo passou a valer mais que a edificação nele já existente, negligenciando-se assim a conservação

e abrindo espaço para a especulação imobiliária.

A historiadora francesa Françoise Choay destaca esse momento de convulsão social e cultural, no qual o Estado aparelhou e incentivou um processo de destruição de monumentos no final do século XVIII, e assinala que:

> Os monumentos demolidos, danificados ou desfigurados sob as ordens ou com o consentimento dos comitês revolucionários o são na medida em que simbolizam poderes e valores execrados, encarnados pelo Clero, pela Monarquia e pelos senhores feudais: manifestação de repúdios a um conjunto de bens cuja incorporação conspurcaria o patrimônio nacional, impingindo-lhe emblemas de uma ordem finda[10].

Nesse sentido, no decorrer desse processo histórico, no final do século XVIII e começo do XIX, quando a venda dos bens nacionais e a demolição sistemática de prédios franceses e ingleses importantes estavam acontecendo, entraram em cena algumas vozes em prol da preservação e tutela dessas heranças materiais.

Inconformado com a situação, Victor Hugo escreve dois manifestos propondo uma "Guerra contra os Demolidores". Tais manifestos se tornaram célebres e tinham como objetivo denunciar a demolição dos bens patrimoniais, que apresentavam grande valor para toda a humanidade.

No final desse manifesto o grande escritor francês, autor de obras monumentais como *Les Misérables,* denuncia o estado de ruína dos monumentos franceses e exige a edição de uma lei para barrar a devastação:

> É chegado o tempo de por um fim a essas desordens, a respeito das quais chamamos a atenção do país. Mesmo empobrecida pelos devastadores revolucionários, pelos especuladores mercantis e, sobretudo, pelos restauradores clássicos, a França ainda é rica em monumentos franceses. É preciso deter o martelo que mutila a face do país. Uma lei seria suficiente; que seja feita. Quaisquer que

> sejam os direitos da propriedade, a destruição de um edifício histórico e monumental não deve ser permitida a esses especuladores ignóbeis. (...) Há coisas num edifício, o seu uso e sua beleza. Seu uso pertence a seu proprietário, sua beleza a todo mundo. Portanto, destruí-lo é ultrapassar os limites desse direito[11].

Com relação ao cenário brasileiro, a preocupação com a salvaguarda do patrimônio cultural esteve muito presente nas discussões dos intelectuais que participaram dos movimentos modernistas de 1922, sendo intensificada na década de 1930 através de políticas públicas.

Conforme destacam Nascimento e Passos[12], o movimento artístico modernista brasileiro, que organizara a Semana de Arte Moderna de 1922, mostrara a preocupação com as discussões sobre a natureza da identidade nacional.

Segundo os intelectuais paulistas, 100 anos após a emancipação política brasileira dever-se-ia promover, a independência cultural da nação, sendo necessário, para tanto, redescobrir e revalorizar os elementos considerados típicos.

Contudo, somente no final da década de 30 do século passado, mais precisamente no Estado Novo, que será efetivada uma política nacional de preservação do patrimônio cultural brasileiro com uma produção legislativa para esse fim.

Nessa esteira fora editado o Decreto-Lei nº. 25 em 1937. Por meio deste diploma legal, criou-se o tombamento como instituto jurídico de regulação governamental determinando o que poderia receber *status* de patrimônio cultural nacional e ser objeto de acautelamento oficial.

Surge, assim, o SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional[13] -, que em seus primeiros anos teve a difícil tarefa de determinar os alicerces culturais da nacionalidade.

O objetivo do SPHAN era moldar a face do país, conferindo-lhe visibilidade internacional através do estudo de tradições cuja imanência temporal e espacial fosse devidamente estabelecida[14].

No final da década de 80 do século passado, os meios estatais adotados para fins de tutela do patrimônio cultural brasileiro são expressos na Constituição Federal e na legislação ordinária. Colhe-se em diversos artigos da Lei Maior delimitação de um regime voltado à proteção

do Patrimônio Cultural, Histórico e Artístico, restando evidenciada a preocupação do legislador constituinte em garantir a salvaguarda desse importante bem jurídico social.

O art. 23, III, da Carta Política brasileira, preceitua o seguinte:

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

Dessa forma, a *Lex Mater* firma o entendimento de que todos os entes políticos são competentes e responsáveis pela manutenção e proteção dos bens jurídicos de valor cultural.

Logo, as ações governamentais, tanto administrativas como políticas, de cada ente público, deverão almejar a implementação de atos de preservação e valorização da cultura e de proteção ao patrimônio histórico.

Por fim, importante registrar nesta parte introdutória, que o Código Penal Brasileiro desde sua redação originária de 1940 passou a delimitar como crime o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico.

2 BEM JURÍDICO TUTELADO NAS FIGURAS TÍPICAS QUE CRIMINALIZAM O DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Diversas as tentativas doutrinárias de conceituação do bem jurídico, cada uma delas vinculada a um determinado momento histórico e a concepção que se tem do Direito Penal.

No propósito de didaticamente fazer a presente exposição, valem-se os autores de profunda definição que afirma:

> El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (*de lege lata ni de lege ferenda*). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este

> último termina acuñado un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. (...).
> Si la ley penal no fundamenta, no decide la tutela. Por el contrario, el concepto limitativo del bien jurídico sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil, etc.). Sostener la existência de um bien jurídico-penalmente tutelado importa reconocer una función constitutiva a la ley penal, y luego abrir la vía a una aspiración completiva (no fragmentaria). Aun cuando la pretendida tutela jurídico-penal se proclame subsidiaria (o complementaria) y se pretenda limitarla con la cláusula de ultima ratio, no puede negarse que importa una naturaleza fundante también complementaria, pues lleva a la distinción entre bienes jurídicamente tutelados y bienes jurídico-penalmente tutelados y, en último análisis, la extensión de la segunda dependerá de la medida en que la *ultima ratio* sea acogida por la decisión política criminalizante, siempre determinada por coyunturas de poder: las emergências desnudan la contigencia de la ultima ratio"[15].

Deve-se destacar, ainda, que o bem jurídico possui pelo menos quatro funções, quais sejam: função de garantia ou de limitar o poder de punir do Estado, função teleológica ou interpretativa, função individualizadora e a função sistemática.

No dizer de estudioso da matéria:

> Em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico[16].

Após a delimitação e conceituação de bem jurídico-penal,

especificando as suas funções, importante que se verse sobre o relacionamento do bem jurídico com a Constituição Federal, colhendo-se do texto constitucional os principais bens jurídicos a serem tutelados normativamente, merecendo acurada atenção do texto magno.

Elege a Constituição Federal em um Estado de Direito democrático, as prioridades jurídicas a serem protegidas pela lei infraconstitucional (inclusive e principalmente pelo Direito Penal), sendo certo que uma das principais origens do bem jurídico-penal é a *Lex Mater*, estando o legislador infraconstitucional umbilicalmente ligado ao querer das diretrizes contidas no texto magno, podendo-se afirmar que se encontram: "*na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas*"[17].

Por fim, ao versar sobre esta parte introdutória do bem jurídico, impende consignar que toda a construção do conceito de bem jurídico, possui, ainda, íntima ligação com um objeto de proteção social.

É dizer: além de atender um comando constitucional (expresso ou implícito) o bem jurídico-penal objetiva tutelar uma relação social relevante.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte ensinamento:

> O objeto de proteção, em resumo, tem origem social, não é uma exclusiva decisão do legislador, se bem que, devido ao princípio da legalidade, a ele cabe a tipificação da conduta (é dizer, da relação social). Bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente[18].

Portanto, quando a Constituição Cidadã de 1988 estabelece que o Estado deve garantir o acesso à cultura, sendo assegurado a defesa e valorização do patrimônio histórico e cultural brasileiro (art. 215, § 3º, I, CF), extrai-se do texto constitucional o bem jurídico a ser protegido.

2.1 DO BEM JURÍDICO PENAL DIFUSO, COLETIVO E TRANSINDIVIDUAL

A Constituição Cidadã de 1988 deu especial atenção aos interesses

difusos, coletivos e metaindividuais.

O advento da sociedade moderna e a modificação das relações humanas e sociais impulsionam a inserção de uma nova preocupação com a proteção de bens anteriormente ignorados ou renegados, merecendo destaque a proteção dos interesses difusos ou supraindividuais.

Fruto de referida modificação de paradigmas é que com o advento da Carta Republicana de 1988 passou o Ministério Público a dispor de legitimidade ativa para manejar ações civis públicas no intuito de buscar a proteção dos interesses coletivos, difusos e transindividuais, estando o patrimônio histórico e cultural nesse rol de bens a serem tutelados, nos termos do contido na Lei nº. 7.347/85.

Leciona a doutrina:

> Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiências, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais colegitimados do art. 5º. da LACP – Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do CDC[19].

A evolução de referidos institutos jurídicos passa a interessar diretamente ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, devendo-se falar hodiernamente em bens jurídicos difusos ou transindividuais.

Portanto, além da proteção aos bens jurídicos classicamente definidos (vida, liberdade, patrimônio, etc.), cujo caráter é tipicamente individual ou mesmo para os bens jurídicos de natureza coletiva, porém considerados tradicionais (fé pública, administração pública, etc.), com o advento da revolução industrial e dos avanços tecnológicos "*formatam-se, no momento de criação das sociedades de risco pós-industrial, novos bens jurídicos, supra-individuais*"[20].

A existência do bem jurídico penal difuso obriga a se ter em alça de mira todos os princípios norteadores do moderno Direito Penal, ou seja,

não se apresenta como possível tipificar condutas, proteger bens jurídicos, sem o devido e necessário respeito aos princípios basilares do Direito Penal, como, *v.g.*, o princípio da legalidade com os seus três postulados fundamentais: reserva legal, anterioridade e taxatividade[21].

Perfeitamente possível contemporizar um bem jurídico penal difuso, com todas as suas nuanças (crime de perigo abstrato, norma penal em branco, pluralidade ou indeterminação das vítimas, etc.), com o garantismo penal, mormente em respeito à taxatividade e a vedação a utilização excessiva dos tipos penais abertos.

Ainda, valendo-se dos conceitos de Renato de Mello Jorge Silveira, pode-se afirmar:

> (...) É verdade que a atualidade da vida social demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. Os novos riscos impostos pela sociedade pós-moderna impõem certo tratamento a estas condutas. Fundando-se nessa necessidade, muitos clamam por uma tutela penal (ainda que nos moldes tradicionais) dos bens jurídicos difusos.
>
> Nos campos do Direito Penal Econômico e do Ambiental isso é patente. A importância desses temas parece tudo justificar, mesmo uma concepção que aplique unicamente conceitos clássicos de proteção a bens individuais. Outro e mais adequado entendimento é daqueles que, percebendo a particularidade dos interesses difusos, pretendem a aplicação de novas técnicas de imputação ao Direito Penal nuclear[22].

Afirma-se que no combate à criminalidade supraindividual, tem-se que adotar mecanismos de proteção aos bens jurídicos difusos, entrementes, sem descurar da observância das garantias mínimas do indivíduo, fruto do moderno Estado Democrático de Direito.

Quando da análise do bem jurídico penal difuso, deve-se levar em consideração a intensidade da danosidade social consistente na violação de referida norma penal.

Nesse contexto se insere como fruto do direito penal supraindividual, a criminalização de condutas que atentem contra o patrimônio histórico,

artístico e paisagístico.

Com a tipificação de mencionadas condutas tem-se uma evolução e mudança de paradigma de atuação do Direito Penal, passando a figurar em seu epicentro a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, com uma nova roupagem e uma nova esfera e espectro de proteção.

2.2 DO CRIME DE DESTRUIÇÃO OU DETERIORAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL (ART. 165, CÓDIGO PENAL E ART. 62, I, LEI Nº 9.605/98)

Passar-se-á nesse momento a promover a análise dos tipos penais que buscam a proteção/tutela do patrimônio histórico e cultural brasileiro.

O art. 165 do Código Penal brasileiro afirma que constitui crime de dano a destruição, inutilização ou deterioriozação de coisa tombada pela autoridade competente, afirmando, *verbis*:

> 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.

A doutrina ao escrever sobre os aspectos penais da preservação do Patrimônio Histórico e Cultural destaca:

> É oportuno lembrar que coisas de valor artístico são aquelas que, reconhecidamente, possuem tal característica: uma escultura, um quadro notável. Justifica-se desse modo a limitação ao direito de propriedade, porque o bem, assim declarado, é do interesse de toda a coletividade, e não apenas do seu dono. Bens de valor arqueológico são os elencados no artigo 2º e alíneas da Lei nº 3.924, de 26.07.1961. Entre outros, sambaquis, jazidas, vestígios de ocupação pelos paleomeríngeos (grutas, lapas, abrigos), cemitérios, sepulturas e inscrições rupestres. Segundo o artigo 5º, qualquer mutilação ou destruição de tais bens configura crime contra o patrimônio nacional. Já com

> relação ao valor histórico, o objetivo é tutelar as coisas assim declaradas pelo Poder Público. Não é necessário que o valor seja de âmbito nacional – pode ser de importância apenas para o Estado, ou até mesmo só para o Município. O exemplo mais comum é o de construções que retratam a história do Brasil, pouco importando seu atual estado de conservação[23].

Percebe-se que é imprescindível a concreta individuação dos bens ao regime do patrimônio cultural brasileiro, pois, segundo Zandonade "(...) *o valor cultural é insuficiente para determinar a incidência da tutela específica, que depende também de manifestação do Poder Público, nos termos do § 1º do art. 216 da CF*"[24]

O que se quer sublinhar com isso é que, apesar do ato de individuação ser declaratório, ele formalmente constitui a condição jurídica de determinado bem como patrimônio cultural em sentido estrito, alterando assim, a sua situação jurídica.

Por isso Zandonade[25] destaca a individuação como forma de respeitar o princípio da segurança jurídica, pois o ato protetor não deve ser presumido e sim, ter existência anterior à lesão cometida.

A Lei nº. 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O art. 62, I, do referido diploma legal, define, por exemplo, como crime, a destruição, a inutilização ou a deterioração de *"bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial"*, ou seja, protegidos por quaisquer formas de acautelamento e preservação, conforme dita a parte final do § 1º do art. 216 da Constituição Federal.

Merece registro que parte significativa da doutrina[26] entende que o art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98 revogou tacitamente o art. 165 do Código Penal, posição com a qual concordam os autores do presente estudo, razão pela qual será analisado o crime contra o patrimônio histórico e cultural como a violação ao art. 62, I, da Lei de Crimes Ambientais, com pena de reclusão de 01 a 03 anos e multa.

Dessarte, o bem jurídico tutelado no art. 62, I, da Lei nº 9.605/1998 é aquele formalmente protegido, ou seja, tombado pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, histórico ou arqueológico, ou protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial[27].

Busca-se com a tipificação das condutas esculpidas no art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98 a tutela de bem supraindividual que resguarda o patrimônio histórico e cultural, evitando-se e combatendo o dano a bem especialmente protegido por lei (o diploma legal pode ser federal, estadual ou municipal, nos termos do arts. 24, VII e VIII e 30, IX, da CF), decisão judicial (Judiciário Federal ou Estadual de qualquer instância ao proferir, por exemplo, julgamento de Ação Civil Pública) ou ato administrativo (tombamento, que também pode ser feito por órgão federal - IPHAN, estadual ou municipal).

3 PROTEÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROPORCIONALIDADE

Constituição Federal de 1988, não obstante tenha se destacado por positivar diversos princípios constitucionais, sempre buscando um adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, viabilizando, inclusive, a proteção às garantias fundamentais, não previu, expressamente, o princípio da proporcionalidade.

Embora exista referida lacuna, diferentemente de outros países[28], não há dúvida que mencionado princípio é consectário lógico da garantia da isonomia, enunciando prioritariamente a disposição para a preservação dos direitos fundamentais, coincidindo com a vocação de uma Carta Constitucional que "*pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático*"[29].

Importante registrar que o fato de não se avistar expresso no texto da Carta Política de 1988, não impede a sua aplicação por todos os magistrados do país, notadamente no controle de legalidade dos atos estatais, bem como, para evitar uma decisão judicial desproporcional, que resvale ou incorra na proibição do excesso (*Ubermassverbot*) ou para impedir uma proteção jurídica deficiente (*Untermassverbot*).

Desta forma, pode-se afirmar, sem qualquer margem para dúvidas, que o princípio constitucional da proporcionalidade corresponde a um direito fundamental, estando incrustado nos princípios da isonomia, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, afirmando-se como princípio de grande relevância e envergadura, não constituindo qualquer exagero defini-lo como "*o princípio dos princípios*"[30].

Todas as vezes em que exista um estado de tensão, conflito ou colisão entre princípios/garantias fundamentais, deve-se chegar a uma decisão que privilegie um ou alguns dos princípios em detrimento de outro ou outros, sem afastar a validade do princípio, apenas diminuindo circunstancialmente a sua eficácia na solução do caso concreto.

Desta forma, na solução de referida equação, deve-se lançar mão do princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios apto a solucionar referida colisão de garantias/direitos fundamentais.

Nesse sentido posiciona-se a doutrina:

> Em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o 'princípio dos princípios': o *princípio da proporcionalidade*[31].

Tem-se que a utilização do princípio da proporcionalidade, proibindo-se o excesso e evitando a proteção jurídica deficiente, apresenta-se como mecanismo útil e adequado para viabilizar a potencial incidência das garantias constitucionais da isonomia, do devido processo legal, permitindo em *ultima ratio* que vicejem os principais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Escorado no princípio constitucional implícito da proporcionalidade, responsável por impedir uma proteção jurídica deficiente, demonstrar-se-á o rotundo equívoco do legislador em estabelecer reprimenda débil, implicando em ofensa clara, direta e insofismável a Carta Magna, ao estabelecer a pena para os crimes praticados contra o patrimônio histórico e cultural (art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98).

Com efeito, mesmo resultando de uma obrigação decorrente de imposição constitucional (art. 216, CF/88), o cuidado com o patrimônio cultural (material e imaterial), histórico (arqueológico e palenteológico) e artístico (criação cultural e científica), consistindo na proteção da "*consciência de um povo, sua história e suas tradições, que se vêem vulneradas e ultrajadas*"[32], fora tipificada pelo legislador ordinário de forma a ferir de morte o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, resultando em sanções brandas para a violação a bem jurídico tão relevante.

Insista-se: se alguém destruir um museu, biblioteca, igreja do século XVII ou qualquer imóvel tombado em razão de seu valor histórico, terá direito a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), em razão da pena mínima e, mesmo que não faça jus a referido instituto despenalizador, acaso condenado ficará adstrito a uma pena máxima de 03 anos de reclusão, implicando em substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, do Código Penal).

O furto mediante destreza de um relógio (art. 155, § 4º, II, Código Penal) *v.g.*, implica em pena mais elevada (02 a 08 anos de reclusão e multa) que a destruição de um museu, ou a conduta de causar dano a um bem tombado de grande valor artístico e cultural.

Evidente a proteção jurídica deficiente de referido bem jurídico que possui caráter supraindividual.

Debruçando-se sobre o temário ensina a doutrina:

> Em razão de um crime gravíssimo, que maculou a preservação da história de um povo, o autor de tal infração não cumprirá um só dia de pena; aliás, sequer condenação sofrerá. Certamente não é com tal tipo de legislação que se irá coibir condutas graves como a perpetrada[33].

Acerca da proibição da proteção deficiente, implicando em situação que colide frontalmente com a Constituição Federal, pinça-se relevante passagem de estudioso da matéria que afirma:

> Não há liberdade absoluta de conformação legislativa, nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há proibições de excesso (*Ubermassverbot*), de outro, há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ter tratamento como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia da proibição do excesso.
>
> Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas críticos brasileiros fazem essa leitura do

> garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula 'proibição deficiente' (*Untermassverbot*)[34].

Esse o cenário vigente com relação a proteção penal ao patrimônio histórico e cultural.

Encontram-se tipificadas as condutas que implicam em crime destruir, inutilizar, violar ou menoscabar o patrimônio histórico e cultural (art. 62, I, Lei nº. 9.605/98), consistindo na proteção a bem jurídico difuso, coletivo ou transindividual, entrementes, estabeleceu-se pena absolutamente débil, desproporcional e insuficiente para proteger condutas reputadas graves, que ofendem a memória do povo, sua história, seus valores e a preservação de uma cultura.

Impende que seja respeitada a Constituição Federal que determina a proteção ao patrimônio histórico e cultural (art. 216 e incisos), aplicando-se o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, evitando-se a proteção jurídica deficiente e, *de lege ferenda* que sejam pensadas alternativas para melhor proteger, tutelar e preservar o patrimônio histórico e cultural brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresenta-se como possível, ao fim e ao cabo do presente estudo, chegar às conclusões doravante esquadrinhadas, todas calcadas na defesa da proteção ao patrimônio histórico e cultural, fazendo o cotejo com o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, importando na vedação a proteção jurídica deficiente em matéria penal.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, ampliou o conceito de patrimônio histórico estabelecido, sendo que nessa redefinição estão as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações

científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Constituindo-se assim no Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro.

Fixa, ainda, a Constituição Federal, como competência concorrente de entes políticos para legislar e se responsabilizarem pela manutenção e proteção dos bens de valor cultural, sendo que as ações governamentais, tanto administrativas como políticas, de cada ente público, deverão almejar a implementação de atos de preservação e valorização da cultura e de proteção ao patrimônio histórico.

Nesse sentido tutela-se penalmente o crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, inicialmente com previsão no art. 165 do Código Penal e, posteriormente, com a edição da Lei nº. 9.605/98 (art. 62, I), havendo a revogação tácita do Código Penal neste particular.

Registre-se que a Constituição Cidadã de 1988 ao estabelecer que o Estado deve garantir o acesso à cultura, sendo assegurado a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro (art. 215, § 3º, I, CF), busca-se proteger bem jurídico de caráter difuso, coletivo e transindividual.

Portanto, a reprimenda para referida conduta deve guardar proporcionalidade com o bem jurídico tutelado, sendo que o princípio da proporcionalidade apresenta-se com uma dupla face, implicando na proibição do excesso (*ubermassverbot*) e vedando-se a proteção jurídica deficiente (*untermassverbot*).

Ao estabelecer para o crime do art. 62 da Lei 9.605/98 uma pena de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão e multa, tem-se a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95) e, acaso exista condenação definitiva, a pena deverá ser cumprida no regime prisional aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), cabendo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (art. 44, I, Código Penal).

Registre-se que o tratamento leniente dispensado pelo legislador, para grave violação que atenta contra relevantes bens jurídicos penalmente tutelados como o patrimônio cultural material e imaterial brasileiro, além da memória de nosso povo, implica em proteção jurídica débil, em descompasso com o querer da *Lex Mater*.

Diante de referida constatação e do tratamento desproporcional,

brando e inadequado para graves violações, conclui-se que a proteção jurídica para sobredito crime apresenta-se como deficiente, restando inobservado o princípio constitucional da proporcionalidade.

Desta forma, conclui-se pela necessidade de edição de nova lei, alterando o art. 62 da Lei nº. 9.605/98, majorando as sanções para a gravíssima conduta de destruir, inutilizar ou danificar o patrimônio histórico e cultural brasileiro, devendo referida medida estar em consonância com o querer da *Lex Mater*, corrigindo-se proteção jurídica deficiente atualmente em vigor e que conspurca o princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

___

CRIMINAL HISTORY AND CULTURAL HERITAGE PROTECTION

ABSTRACT: This article defines the concept of historical and cultural heritage, demonstrating the importance of its protection, talking about his constitutional provision and pointing his legal ward well and the defense or collective rights. It underlines the importance of criminal protection and the criminalization of conduct prejudicial to the historical heritage, fixed in art. 165 of the Penal Code and art. 62, I, of Law 9.605/98. Finally, depicts the violation of implicit constitutional principle of proportionality, mainly because of poor legal protection and legal highlighted, being imperative to change the law to suit criminal offenses referred to in wanting the Federal Constitution.

KEYWORDS: Historic Patrimony. Cultural. Protection Penal.

Notas

1 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.164.

2 Idem, p. 164-169.

3 Segundo a doutrina: "(...) *as mudanças nos conceitos de cultura e patrimônio foram responsáveis pela valorização do patrimônio imaterial na atualidade. Em 1° de março de 2006 foi ratificada pelo Brasil Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*". PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial.* São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção primeiros passos, p. 31.

4 ZANDONADE, Adriana. *O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 64.

5 A concepção de patrimônio presente no Decreto-Lei nº 25/1937 advém justamente da ideia de excepcionalidade do bem a ser salvaguardado. Nesse contexto em que foi promulgado o referido

decreto, aponta Zandonade (2012, p. 50), apenas os bens de caráter notável mereceriam proteção. Assevera a doutrina que: *"Somente na década de 1980 foi consolidada entre os especialistas uma acepção ampliada do conceito de patrimônio, compreendido não só por produções de artistas ou intelectuais reconhecidos, mas estendido às criações anônimas, oriundas da alma popular"*. FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio Histórico e Cultural*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 36.

6 ZANDONADE, Adriana. op., cit, p. 52.

7 HERÓDOTO (484 a.C. - 425 a.C.). *História. Livro 1 – Clio*. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812). Fontes digitais desta edição: digitalização do livro em papel, volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Rio de Janeiro, 1950. p. 30. (Versão para eBook. eBooksBrasil, 2006.).

8 ZANDONADE, Adriana. op., cit, p. 21.

9 Idem. p. 24.

10 CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Tradução: Luciano Vieira Machado. São Paulo: UNESP, 2001, p. 108.

11 SOUZA, Helania Martins de; ARAGÃO, Raimundo Freitas**.** *Demolição Patrimonial em Geografia e os Conceitos de Traço, Marca e Marcação em Vincent Veschambre*. Disponível em http://www.geosaberes.ufc.br/seer/index.php/geosaberes/article/viewFile/327/268. Acesso em 17.01.2016.

12 NASCIMENTO, Maíra Helena Cerqueira; PASSOS, Lucas Santos. *Aracaju/SE: entre o pretérito e o porvir – bens tombados em Aracaju.* Disponível em http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Lucas-Santos-Passos-et-alii.pdf. Acesso em 19.06.2015.

13 Art. 4º do Decreto-Lei nº 25 de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm. Acesso em 22.06.2015.

14 VELOSO, Mariza Motta Santos. *Nasce a Academia SPHAN. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Rio de Janeiro, 1996, n. 24, p. 78.

15 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal – Parte General.* 2ª ed., Buenos Aires: Ediar Editora, 2002, pp. 486-487.

16 PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

17 PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 67.

18 GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

19 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública – Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores.* 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48.

20 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual – Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

21 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, pp. 17-18.

22 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op., cit., pp. 190-191.

23 FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – De acordo com a Lei 9.605/98.* 7ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p 199.

24 ZANDONADE, Adriana. Op. cit., p. 70.

25 Idem, p. 69.

26 "O Código Penal, em seu art. 165, havia previsto cromo crime o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. O presente dispositivo manteve estruturalmente o art. 165, o qual pode entretanto ser considerado revogado". MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*, 2 ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

27 Esse entendimento também é pactuado por Paulo Affonso Leme Machado no que se refere aos crimes contra o patrimônio cultural. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 20 ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 1.116.
28 A Constituição Federal da República Portuguesa de 1976, em seu art. 18º (Força Jurídica), item 2, assim afirma: *"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"*. Constituição da República Portuguesa. Reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
29 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 78.
30 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição.* 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 151.
31 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op., cit., p. 142.
32 PONTE, Antonio Carlos da. *Aspectos penais da preservação do patrimônio histórico e cultural.* www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/penais.pdf, acesso em 07.09.2015.
33 Idem, ibidem.
34 STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* Revista da AJURIS - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº. 97, Porto Alegre, 2005, pp. 176-177.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1. edição brasileira coordenada de revista por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Tradução: Luciano Vieira Machado. São Paulo, UNESP, 2001.
FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – De acordo com a Lei 9.605/98.* 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio Histórico e Cultural.* Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Coleção Passo a Passo.
GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
_____. *Teoria Processual da Constituição.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
HERÓDOTO (484 A.C. - 425 A.C.), *História*. *Livro 1 – Clio*. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812). Fontes digitais desta edição: digitalização do livro em papel, volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Rio de Janeiro, 1950. (Versão para eBook. eBooksBrasil, 2006.).
LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio

Antônio Fabris, 2003.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública – Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores.* 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental.* 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
NASCIMENTO, Maíra Helena Cerqueira e PASSOS, Lucas Santos. *Aracaju/SE: entre o pretérito e o porvir – bens tombados em Aracaju*. Disponível em http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Lucas-Santos-Passos-et-alii.pdf. Acesso em 19/06/2015.
PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial.* São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção primeiros passos.
PONTE, Antonio Carlos da. *Aspectos Penais da Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural.* www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos penais, acesso em 07.09.2015.
PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual – Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
SOUZA, Helania Martins de; ARAGÃO, Raimundo Freitas. *Demolição Patrimonial em Geografia e os Conceitos de Traço, Marca e Marcação em Vincent Veschambre*. Disponível em http://www.geosaberes.ufc.br/seer/index.php/geosaberes/article/viewFile/327/268. Acesso em 17/01/2016.
STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* Revista da AJURIS, nº. 97, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2005.
VELOSO, Mariza Motta Santos. *Nasce a Academia SPHAN*. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, n. 24. 1996.
ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal* – Parte General. Introdução do Direito Penal – Fundamentos para um sistema Penal Democrático. 2. ed., Buenos Aires: Ediar Editora, 2002
ZANDONADE, Adriana. *O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.* Malheiros Editores. São Paulo, 2012.