

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Michael Schneider Flach*

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem de valores no que diz respeito à tutela e à promoção do Patrimônio Cultural.

De acordo com o seu art. 215 configura obrigação do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes de cultura, o incentivo da sua difusão, bem como a defesa e valorização do patrimônio cultural.¹

Na mesma linha, o art. 216 assinalou as formas pelas quais se constitui o patrimônio cultural brasileiro, bem como determinou que o Poder Público, juntamente com a comunidade, deva promover e preservar tais valores, por meio de diversos instrumentos, os quais vão muito além do conhecido tombamento.²

* Promotor de Justiça, Especialista em Direito Penal Contemporâneo (Unisinos), Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS), Coordenador de Projetos Culturais do Memorial do Ministério Público – RS.

¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

² 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:

Com efeito, objetivando reforçar a importância do bem jurídico em pauta, o constituinte ainda determinou que os atentados contra o patrimônio cultural fossem punidos. O que se presume não por qualquer meio, mas pelas vias penais, de modo a inscrever um autêntico “mandado constitucional de criminalização”.

Fruto dos citados dispositivos, a Lei nº 9.605/98, nos seus artigos 62 a 65, enumera os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

Estes dispositivos estão reprisados no projeto do novo Código Penal. Porém, algumas cautelas devem ser adotadas, com o objetivo de não evitar retrocessos e, ao mesmo tempo, formular um avanço no trato da matéria.

2 Do projeto

2.1 Do dano

Primeiramente, ao tratar do dano, o art. 163, § 1º, IV, impõe como condição para qualificar o delito que o objeto seja tombado, ou possua certo valor.³

Aqui, entendemos que a exigência de tombamento configura-se num retrocesso, na medida em que, apesar de sua importância, este não se constitui mais na única forma de tutela do patrimônio cultural, já que o art. 216, § 1º, da Constituição Federal, enumera uma série de outros instrumentos.

Inclusive, tal redação é muito semelhante a do art. 165 do Código Penal, cuja forma de tutela até poderia ser adequada para a primeira metade do século passado, mas que não mais pode ser reprisada, pois em total descompasso com a ordem contemporânea e com o nível de proteção que o objeto está a exigir.⁴

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. [...]

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

³ IV – contra coisa tombada pela autoridade competente ou de valor artístico, cultural, arqueológico ou histórico.

⁴ 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.

Na espécie, o ideal seria que fosse suprimida a exigência de tombamento, e que o rol de objetos protegidos pelo seu valor fosse estendido, vindo a se adequar exatamente às categorias contidas nos artigos 422 a 424 do projeto.

E, igualmente, que o fato de o objeto ser tombado funcionasse como uma agravante genérica em face do catálogo dos delitos contra o patrimônio cultural.

De onde, a redação poderia ser a seguinte:

Dano qualificado

§ 1º Se o crime é cometido:

IV – contra coisa de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.

§ 2º Os crimes previstos na presente seção são agravados de um terço (1/3) caso cometidos contra bens tombados.

Assim, fontes de patrimônio cultural que não ainda não estivessem protegidas⁵ por lei, ato administrativo ou decisão judicial estariam resguardados por este dispositivo, ao tutelar determinados objetos que sejam dotados de especial valia.

Desta forma, o dispositivo estaria em harmonia com a Constituição Federal, quando relaciona outros meios de proteção que vão além do tombamento. Também, não conflitaria com os demais artigos do projeto, os quais enumeram outros objetos e valores culturais a serem tutelados. E, ainda, representaria um avanço na matéria, fornecendo uma nova e necessária tutela para tal bem jurídico.

2.2 Da pichação

Em relação ao art. 424 do projeto, que trata sobre o crime de pichação, entendemos que deva ser corrigida a exigência de que o monumento seja “urbano”.⁶ Tal equívoco, que já incide no atual art. 65 da Lei nº 9.605/98, não confere proteção penal aos monumentos localizados em espaços fora da área urbana.

Embora na sua imensa maioria os monumentos estejam fixados no meio urbano, tal não se trata de regra absoluta, de modo que obras deste tipo também podem ser encontradas na zona rural, em especial em cidades distantes dos grandes centros, as quais também estão sob a égide do Estatuto da Cidade.

⁵ Importante esclarecer que, para configurar o delito nos novéis artigos 421 e 422, é necessário o reconhecimento formal do objeto por ordem judicial, ato administrativo ou dispositivo de lei. Contudo, como nem todos os bens desfrutam de tal condição, caso acolhida a presente sugestão o teor do novo art. 163, § 1º, IV, estaria cumprindo uma importante função. Qual seja, não somente proteger os elementos tombados ou assinalados por um daqueles três instrumentos, mas, sim, todos aqueles que sejam reconhecidos como portadores de um valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.

⁶ A redação é: “Art. 424. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.”

Para tanto, basta imaginarmos a hipótese de se construir alguma obra por conta de uma batalha, de algum acontecimento político, do nascimento de uma personalidade ou para celebrar algum fato marcante para determinada comunidade.

Contudo, no caso do monumento em questão ser erigido em perímetro não urbano – como ao longo de uma rodovia – qualquer ato de pichação contra este não poderá ser considerado como ilícito, ao menos não para o tipo do art. 424. Por sua vez, para corrigir tal distorção, basta retirar-se a expressão “urbano”.

Outro ponto diz respeito à exigência do § 1º do art. 424 de que para qualificar o delito o bem seja tombado em virtude do seu valor.

Aqui, incide o mesmo problema apontado em relação ao crime de dano. Ou seja, estar-se-ia limitando o espectro de proteção apenas para os objetos tombados, retirando-se as outras formas de tutela conferidas pela Constituição.

Com efeito, para solucionar a questão bastaria valer-se da mesma técnica de tutela já empregue nos artigos 421 a 423, os quais vão além do tombamento e contemplam os bens protegidos por lei, ato administrativo ou judicial.

Assim, sugere-se a seguinte redação:

Art. 424. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento: [...]

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa especialmente protegida por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor turístico, artístico, histórico, cultural, religioso e arqueológico [...]

2.3 Das penas

No tocante às sanções previstas, entende-se que estas devam sofrer adequação, frente à importância do bem jurídico tutelado e à evolução do direito.

Ocorre que, em face da crescente modernidade mundial e da expansão social sob vários aspectos, diversos objetos ligados ao meio ambiente e ao urbanismo têm-se tornado mais suscetível de sofrerem ataques. E, aqui, o direito penal mostra-se de importância única e fundamental para desempenhar a tutela de tais figuras, frente ao seu relevo e ao risco que se encontram submetidos.

Por isso, defende-se que as sanções previstas sejam reajustadas.

Primeiramente, os artigos 421 e 422 reprisam a mesma pena prevista na Lei dos Crimes Ambientais de 1998, a qual, vênha, considera-se tímida frente ao tipo de risco e dano que incidem sobre tais figuras jurídicas.

Ou seja, de acordo com o novel projeto a destruição, inutilização, deterioração ou desfiguração de bem cultural especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial arcará no máximo com três anos de prisão.

Sendo assim, caso uma ou mais das edificações da cidade de Ouro Preto – tão importante para a nação e a sociedade brasileira – sejam atingidos, destruídos ou danificados, o autor de tal agressão está sujeito a uma pena de um até três anos. E isto que se trata de um patrimônio arquitetônico, histórico e cultural da humanidade, cujo relevo é reconhecido em nível internacional pela Unesco.

Tal hipótese é citada apenas para ilustração, de modo a salientar a importância do bem jurídico em questão, e que o tipo de sancionamento figura-se um tanto como tímido e desproporcional diante dos ataques a que o objeto está sujeito e das consequências destes no caso de dano ou perecimento.

E aqui, como paradigma, colaciona-se o tratamento dado a outras figuras que envolvem delitos contra o patrimônio, como é o caso da receptação e do estelionato, cuja sanção poderá alcançar até cinco anos.

De onde, se para crimes cuja ofensa está muito mais adstrita ao plano privado o legislador dispensa tal tratamento, para o presente caso a mesma simetria é requerida. Mormente por se tratar de bem jurídico com repercussão e interesse em toda a sociedade e cujos ataques podem conduzir à extinção do objeto.

O mesmo raciocínio aplica-se em relação às demais modalidades criminosas, cujo patamar sancionador deve ser alterado, tomando-se em conta o binômio que medeia a importância do bem jurídico e os riscos a que está sujeito.

Aqui, a indicação é que no art. 421, parágrafo único, art. 423 e art. 424, parágrafo 1º, ao invés da pena oscilar de seis meses a um ano, seja estabelecida de um a dois anos de prisão.

Afinal, atos de negligência, imperícia e imprudência podem levar a total destruição de bens culturais especialmente protegidos e de valia inestimável.

Também, a construção em solo não edificável em razão das suas peculiaridades pode descaracterizar toda uma área, prejudicando determinadas unidades protegidas ou mesmo pondo fim à harmonia de todo um conjunto.

Da mesma forma, a grafitação de um monumento ou de um bem cultural pode gerar um prejuízo irreparável e de grande repercussão social.

Por fim, no atual projeto de reforma do Código Penal em tramitação no Congresso Nacional, os delitos e bens jurídicos até aqui ilustrados constam no título dos “crimes contra interesses metaindividuais”, junto ao capítulo dos “crimes contra o meio ambiente”, mais especificamente na seção dos “crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”.

Em suma, seriam estas as breves considerações a serem feitas, sem a intenção de esgotar a matéria, ou aprofundar a discussão. Mas como uma forma de reflexão mínima, sobre tema tão importante, cuja efetiva proteção está em fase de risco, diante da redação legislativa que está sendo construída.⁷

⁷ O presente ensaio jurídico foi produzido a partir das redações originais conhecidas do Projeto de Lei do Senado, nº 236 DE 2012, que altera o atual Código Penal, sem que fossem esmiuçadas eventuais alterações recentes do seu conteúdo, nas comissões em que tramita. Outrossim, é redigido também com base em participação e reflexões colhidas no VI Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, ocorrido em Porto Alegre-RS, de 12 a 14 de novembro de 2014.