

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Marcos Cardoso Atalla**

**A TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Belo Horizonte  
2017

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

ATALLA, Marcos Cardoso.  
A862tA tutela penal do patrimônio cultural / Marcos Cardoso Atalla.  
– Belo Horizonte, 2017.  
111 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara.  
Orientador: Prof.Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro  
Referências: f. 106–111

1. Direito penal. 2. Patrimônio cultural. 3. Tutela. I. Ribeiro, Luiz Gustavo Gonçalves.

CDU 343:351.71(043.3)

**Marcos Cardoso Atalla**

**A TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Belo Horizonte  
2017

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

**Marcos Cardoso Atalla**

**A TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

---

Professor Membro: Prof. Dr. André de Paiva Toledo

---

Professor Membro: Prof. Dr. Rogério Medeiros Garcia de Lima

---

Professor Membro: Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Nota: \_\_\_\_\_

Belo Horizonte  
2017

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que me proporcionou saúde e perseverança para enfrentar este desafio em minha vida.

À minha esposa Juliana, pela dedicação, confiança e apoio, compreendendo minha ausência nestes dois anos de caminhada.

Ao meu filho Thiago, tão pequeno, mas grande no seu companheirismo.

Ao meu orientador, Luiz Gustavo, que abriu as portas da Dom Helder e me encorajou no aprendizado de escrever.

À minha mãe Therezinha, tão doce e amável, sempre alicerce da minha vida.

Ao meu saudoso pai, Atala, *inmemorian*, saudades eternas.

Aos meus irmãos, Marcelo e Márcio, obrigado pelo apoio.

À minha sogra, Márcia, e ao meu sogro, Ernani, que de forma carinhosa me acolheram em sua residência.

*Epígrafe*

*Minha terra tem palmares  
Onde gorjeia o mar  
Os passarinhos daqui  
Não cantam como os de lá  
Minha terra tem mais rosas  
E quase que mais amores  
Minha terra tem mais ouro  
Minha terra tem mais terra  
Ouro terra amor e rosas  
Eu quero tudo de lá  
Não permita Deus que eu morra  
Sem que volte para lá  
Não permita Deus que eu morra  
Sem que volte pra São Paulo  
Sem que veja a Rua 15  
E o progresso de São Paulo.*

*(Oswald de Andrade)*

## RESUMO

A efetividade do direito penal frente às condutas lesivas ao patrimônio cultural é tema do presente trabalho. A cultura como instrumento e desenvolvimento do ser humano é combustível para a história e para a construção da civilização moderna. Nesse cenário se desenvolve a importância em proteger o patrimônio cultural. Transportando a discussão para o âmbito nacional, o patrimônio cultural nem sempre foi objeto de atenção dos governantes. Será dissertado sobre a evolução histórica do patrimônio cultural, iniciando no período colonial, passando pelo império e finalizando com as Cartas Constitucionais no período republicano. Atenção especial será dada à Semana de Arte Moderna no ano de 1922, na qual houve a quebra de paradigma, rompendo com a cultura europeia e a valorização da cultura genuinamente brasileira. A evolução histórica se encerra com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se dá uma nova dimensão ao conceito de patrimônio cultural. Com uma nova concepção a cultura brasileira é identificada não apenas com bens materiais, mas também com bens imateriais, de modo a expressar os valores que fazem referência à formação do povo brasileiro. Elaborada num ambiente democrático, a Constituição Federal dá à proteção e à fruição do patrimônio cultural o status de direito fundamental, imprimindo ao Poder Público e ao setor privado o dever de proteção dos bens culturais. Estabelecida essa premissa quanto ao patrimônio cultural, o estudo volta-se à questão da dogmática penal na proteção ao meio ambiente, considerando que o patrimônio cultural se faz inserido nesse contexto. O estudo do direito penal será feito tendo como pano de fundo uma sociedade pós-industrial e globalizada, à qual denominou-se sociedade de risco, expressão esta cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck. Nessa nova sociedade, extremamente consumista e apoiada em novas tecnologias, na qual se difundem o medo e a insegurança, houve uma intensa expansão do direito penal com a criação de novos delitos em face de demandas apresentadas por tal sociedade. Será discutida a questão da possibilidade da dogmática clássica ser suficiente para o enfrentamento das novas condutas que ofendem bens jurídicos difusos, tais como: delitos econômicos e ambientais. Superada essa fase da pesquisa, será feita uma análise da criação de novos tipos penais com a utilização de delitos de perigo e acessoriedade administrativa dentro do direito penal. Apontando alternativas e adaptações da dogmática clássica penal em face de novas criminalizações, serão discutidas as teorias propostas por Hassemer, o direito de intervenção e o direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez. Para dar continuidade ao estudo da dogmática penal, necessário se faz o delineamento do conceito do Bem Jurídico e sua evolução, trazendo como bem jurídico difuso o patrimônio cultural. Por fim, serão analisados os tipos penais contra o patrimônio cultural, elencados pela Lei n. 9.605 de 1998, e será feita uma reflexão sobre o papel do direito penal na proteção do acervo cultural e apresentadas discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, além da discussão acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância. Para a realização do trabalho, utilizou-se a metodologia descritiva-analítica, com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa referente à Tutela Penal do Patrimônio Cultural. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. A pesquisa bibliográfica instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, e a doutrina trouxe informações sobre os conceitos na ordem dogmática.

**Palavras-chave:** Tutela. Direito Penal. Patrimônio Cultural.

## ABSTRACT

The effectiveness of criminal law in relation to conducts harmful to cultural heritage is the subject of this study. Culture as instrument and development of the human being is fuel for history and for the construction of modern civilization. In this scenario, the importance of protecting cultural heritage develops. Carrying the discussion to the national level, cultural heritage has not always been the object of attention of rulers. A discussion about the historical evolution of cultural heritage will be carried out, beginning in the colonial period, passing through the empire and ending with the Constitutional Letters in the republican period. Special attention will be given to the Week of Modern Art in the year 1922, in which there was a break of paradigm, severing with the European culture and the valorization of the genuinely Brazilian culture. The historical evolution ends with the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which gives a new dimension to the concept of cultural heritage. With a new conception, Brazilian culture is identified not only with material assets, but also with immaterial ones, in order to express the values that makes reference to the formation of the Brazilian people. Elaborated in a democratic environment, the Federal Constitution entitles the protection and enjoyment of cultural heritage to have the status of a fundamental right, assigning the Public Authority and the private sector the duty to protect cultural assets. Having established this premise regarding cultural heritage, the study turns to the issue of penal dogmatics in protecting the environment, considering that cultural heritage is inserted in this context. Penal law will be studied against a background of post-industrial and globalized society, which is called society of risk, an expression coined by the sociologist Ulrich Beck. In this new society, extremely consumerist and supported by new technologies, in which fear and insecurity spread, there was an intense expansion of penal law with the creation of new crimes in the face of demands presented by such society. Will be discussed the issue of the possibility that classical dogmatics will be enough to confront the new behaviors that offend diffuse juridical assets, such as: economic and environmental crimes. Once this phase of the research has been completed, an analysis will be made of the creation of new criminal types with the use of crimes of danger and administrative accessoriness within penal law. Indicating alternatives and adaptations of classic penal dogmatics in the face of new criminalizations, will be discussed the theories proposed by Hassemer, Silva Sánchez's right of intervention and two speed penal law. In order to continue the study of penal dogmatics, it is necessary to delineate the concept of the Legal Asset and its evolution, bringing the cultural heritage as a diffuse legal asset. Finally, will be analyzed the penal types against the cultural heritage, listed by Law n. 9605 of 1998, and a reflection will be made on the role of penal law for the protection of the cultural heritage and presented discussions on penal liability of the legal entity in environmental crimes, as well as the discussion about the application or not of the principle of insignificance. For the accomplishment of the work, the descriptive-analytic methodology was used, with the approach of categories considered fundamental for the development of the research related to the Criminal Protection of the Cultural Heritage. The technical procedures used in the research were bibliographic, doctrinal and documentary research. The bibliographical research instructed the analysis of the constitutional and infra-constitutional legislation, and the doctrine brought information about the concepts in the dogmatic order.

**Keywords:** Guardianship. Criminal Law. Cultural heritage.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	15
2.1 A cultura e o homem.....	16
2.2 Patrimônio cultural e meio ambiente.....	21
2.3 A proteção do acervo cultural na história do Brasil .....	24
2.4 Novo enfoque do patrimônio cultural em face da Constituição Federal de 1988.....	31
<b>3 A PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA PENAL NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE</b> ...	38
3.1 A sociedade de risco e o Direito Penal.....	39
3.2 A ineficiência da dogmática clássica penal em virtude das novas criminalizações .....	45
3.3 A construção de novos tipos penais .....	48
3.3.1 A intervenção do Direito Administrativo na tipificação penal .....	49
3.3.2 A excessiva utilização de crimes de perigo abstrato .....	53
3.4 O direito de intervenção proposto por Hassemer .....	56
3.5 A solução intermediária e o direito penal de duas velocidades de Silva Sanchez .....	59
<b>4 BEM JURÍDICO PENAL NAS NOVAS CRIMINALIZAÇÕES</b> .....	63
4.1 Conceito de bem jurídico e sua evolução .....	64
4.2 O patrimônio cultural como bem jurídico penal.....	69
<b>5 A RESPOSTA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DAS CONDUTAS LESIVAS AO PATRIMÔNIO CULTURAL</b> .....	75
5.1 A criminalização ambiental em face da Lei n. 9.605/98.....	75
5.2 Dos delitos contra o patrimônio cultural .....	78
5.3 A negociação da justiça criminal na proteção do patrimônio cultural .....	85
5.4 Reflexões sobre o papel do direito penal na defesa do patrimônio cultural .....	92
5.5 A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o patrimônio cultural .....	93
5.6 O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio cultural .....	99
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	101
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	107

## 1 INTRODUÇÃO

O tempo, a cultura, o homem e o direito penal são pilares do trabalho que ora se apresenta. O ser humano, na caminhada e na construção da sua história, vem modificando seu habitat para que melhor possa viver. Sua interação com o meio ambiente é constante, o que lhe propicia sua sobrevivência e sua evolução perante os demais seres vivos.

Na arte de viver, o homem modifica seu ambiente produzindo cultura. Assim, o modo de viver, de se organizar, de interagir é fruto incessante da prática cultural. Essa prática é que diferencia o homem dos demais animais. No transcorrer da história, o homem vem produzindo cultura em todas as suas ações. Assim, percebe-se que o homem é ser vivo essencialmente cultural, ao produzir arte em todas as suas esferas de conhecimento. A prática de alimentar, construir, lutar, relacionar-se com outros indivíduos, tudo isso, é manifestação cultural.

Assim, toda atividade do homem é essencialmente cultural e é importante salientar que o ser humano fez questão de registrar a produção cultural em sua consciência. O registro, seja de forma física, materializada através de documentos, obras ou construções, seja por meio da memória, é matéria-prima para a criação de um patrimônio cultural.

Dessa forma, o que se vê pelo mundo em todos os lugares que o homem habitou foi o registro da sua atividade que se materializa por meio da cultura.

Conhecer o homem, sua vida, sua história é conhecer a sua cultura. Quando viajamos, deparamo-nos com um mundo novo que nos proporciona vislumbrar a cultura de determinada população. Resguardar a cultura, o acervo cultural é, portanto, essencial para o ser humano. A preservação do patrimônio cultural de um povo significa a manutenção e a proteção de suas origens, sua história. É preservar sua essência e o que diferencia esse povo dos demais povos que habitam o nosso planeta.

O homem sem cultura, sem história, sem vínculo perde toda a sua essência como ser humano, aproximando-se, assim, de um animal irracional. Nesse sentido, a preservação do patrimônio cultural é fundamental para a evolução do ser humano, servindo de ponte entre o passado e o presente e fomentando uma reflexão para o futuro.

Com as transformações vivenciadas pela humanidade, o ser humano, ser essencialmente cultural e não predestinado a viver sozinho, foi se organizando, primeiramente em grupos, aldeias e comunidades que, no futuro, deram origem a nações e Estados totalmente estruturados e complexos, proporcionando a vivência em uma sociedade organizada por normas e regras de conduta.

Com a formação e a criação dos Estados, houve a preocupação por parte da sociedade organizada em preservar e organizar o acervo cultural. Primeiro, como forma de fomentar a unidade nacional entre a população e, segundo, como meio de registrar toda a cultura que aquelas pessoas produziram durante longo período de tempo.

Como instrumento de organização e controle de uma sociedade organizada, o direito foi utilizado para a proteção do patrimônio cultural de várias nações. Em cada período histórico e dependendo do momento político, os Estados incluíram nos textos constitucionais normas de proteção do e fomento ao patrimônio cultural. Essa proteção não segue uma trajetória linear e constante, pois os Estados, em diversos momentos históricos, passaram por revoluções e golpes que, muitas vezes, impunham restrições às manifestações culturais.

No Brasil, isso não foi diferente. A proteção ao patrimônio cultural teve uma variação conforme o momento político por que passava o país. Além disso, por mais de trezentos anos, o território brasileiro era simplesmente uma colônia, local de exploração do reino Português, o que prejudicou por muito tempo a solidificação de legislação pertinente ao patrimônio cultural.

Contudo, inserido dentro do contexto do direito, o patrimônio cultural cada vez mais obtinha instrumentos jurídicos para sua devida proteção, seja na legislação internacional, em face de Acordos Internacionais, Resoluções de Organizações Internacionais, como a Organização das Nações Unidas, via UNESCO, ou a União Europeia, ou na legislação interna de cada País. Cada nação, dependendo da importância que dava ao seu acervo cultural, construía um arcabouço jurídico, elaborando normas de proteção seja no próprio texto constitucional ou em legislação infraconstitucional.

Vários ramos da ciência do direito foram chamados para a proteção do patrimônio cultural, tais como: o direito constitucional, o direito civil, o direito administrativo e o direito penal. Enfim, diferentes áreas da ciência jurídica, com seus instrumentos e princípios, efetivaram a proteção do acervo jurídico, umas com mais eficiência do que outras, mas com o mesmo objetivo: a preservação e o registro da cultura aliados ao fomento da manifestação cultural.

É nesse cenário que este trabalho se apresenta, com o intuito de fomentar uma reflexão sobre a efetividade e a eficácia da proteção do patrimônio cultural por parte de um dos ramos da ciência jurídica, que é o Direito Penal. O debate gira em torno da problemática se a dogmática penal clássica, juntamente com seus princípios, é instrumento eficaz na proteção do acervo cultural brasileiro.

A atuação do Direito Penal é somente legítima quando os demais ramos do direito fracassam na sua atuação. É nesse sentido que podemos descrever que a ciência penal é a *última ratio*, ou seja, vigora o princípio da intervenção mínima.

Não se discute o valor do bem jurídico protegido, pois o patrimônio cultural, componente do meio ambiente, é um direito essencial à vida e um direito fundamental. A reflexão posta é se há legitimidade e efetividade do Direito Penal em proteger o patrimônio cultural e se os demais ramos da ciência jurídica fracassaram nesse objetivo. Cabe ainda a indagação se os instrumentos jurídicos e os princípios do Direito Penal clássico estão aptos a oferecer real proteção do acervo cultural ou se é necessária uma renovação da ciência penal para lidar com essas novas demandas. Assim, diante dessas indagações e dessa realidade, a presente dissertação está organizada em quatro capítulos com questões bem definidas a serem debatidas.

No primeiro capítulo, não adentrando ainda a questão da dogmática penal, será discutida a questão referente ao patrimônio cultural. Num primeiro momento, apresentar-se-á uma definição do termo “cultura”, não apenas na ciência jurídica, mas em outros ramos da ciência humana. Estabelecido um conceito de cultura, será discutida sua vinculação com a palavra “patrimônio”, que deu origem, assim, à locução “patrimônio cultural”.

Superada a fase de conceituação, será estabelecida a relação entre patrimônio cultural e meio ambiente. Dentro de uma visão unitária, o meio ambiente não se limita apenas ao habitat natural, mas há um meio ambiente artificial, formado pelos espaços urbanos; o meio ambiente cultural, que configura toda a manifestação cultural; e o meio ambiente do trabalho, que engloba o espaço físico onde o indivíduo desenvolve seu ofício. Dessa forma, o patrimônio cultural é meio ambiente na sua essência ao lado bens naturais.

A partir da premissa que o patrimônio cultural faz parte, portanto, do conceito de meio ambiente, será apresentada uma regressão histórica referente a possíveis legislações de proteção ao acervo cultural brasileiro. Apesar de seus mais de quinhentos anos de história, o Brasil começou tarde a se preocupar com a preservação de seu patrimônio. Com mais de trezentos anos de dominação portuguesa, pouco se fazia em relação à cultura no nosso país, pois o território brasileiro era apenas palco de exploração econômica de várias nações europeias. Apenas com a chegada da família real, em 1808, é que se começou a vislumbrar uma atenção especial para a cultura, muito por parte do próprio rei Dom João VI.

Após a independência, vê-se que pouco também se fez para a cultura brasileira. A partir da promulgação da República, o presente trabalho apresentará alguns apontamentos a respeito do tratamento constitucional dado à proteção dos bens culturais em cada Constituição Federal promulgada, até a Carta Magna de 1988. Atenção especial será dada, em 1922, à Semana de Arte Moderna, movimento de valorização da cultura genuinamente brasileira, que almejou a quebra do paradigma de arte imposto pela Europa.

Por fim, encerrando o primeiro capítulo, será dado enfoque ao tratamento do patrimônio cultural em face de uma nova concepção de Estado em virtude da promulgação da

Constituição Federal de 1988. Com quase vinte anos de regime autoritário, o Brasil de 1988 respira ares de liberdade e democracia que, de certa forma, afetaram a maneira de tratar o patrimônio cultural. Saindo daquela visão imobiliária, a Constituição Federal preceitua que o patrimônio cultural é toda manifestação que venha a elevar os valores de referência da construção da sociedade brasileira. Será também posto em questão o entendimento de que o patrimônio cultural, dentro de uma visão unitária de meio ambiente, é um direito fundamental e sua proteção e fruição é direito de todos, garantido constitucionalmente.

O segundo capítulo se inicia com uma reflexão sobre a perspectiva dogmática penal na proteção do meio ambiente. Semelhante tema será discutido tendo como pano de fundo uma sociedade pós-industrial, denominada sociedade de risco, nomenclatura dada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. Nessa sociedade globalizada, marcada pelas novas tecnologias e pelo incremento do medo e do risco, alimentado, muitas vezes, por parte da mídia, o Direito Penal tem que ser rediscutido.

Nesse cenário, indiscutivelmente, houve a expansão do Direito Penal com a criação de novos delitos imbuídos muitas vezes pela sensação de insegurança em que vivem as pessoas. De *ultima ratio*, o direito penal passou a ser solução a todo e qualquer conflito existente na nova sociedade globalizada. Assim, diante dessas novas demandas apresentadas pela sociedade, faz-se necessária a apresentação de uma reflexão referente à sustentabilidade da dogmática clássica da ciência penal em face desses novos delitos.

É certo que ocorrem mudanças na ciência penal em face desses novos enfrentamentos, mas a evolução é lenta em comparação com a dinâmica da sociedade. Nesse sentido, será demonstrado também como o legislador está se comportando na elaboração de novos tipos penais. Dois pontos que chamam a atenção na elaboração dos novos delitos que serão alvo de discussão neste trabalho são: a excessiva utilização de institutos de direito administrativo na redação do tipo penal, ou seja, a administratização do Direito Penal; e a criação de delitos de perigo abstrato como técnica de enfrentamento das novas criminalizações, principalmente, em delitos ambientais.

Prosseguindo, no segundo capítulo, serão discutidas ainda duas correntes doutrinárias que questionam o expansionismo penal. Ambas antagônicas, pois apresentam diferentes propostas para a solução desse conflito. A primeira, encabeçada pelo jurista alemão Hassemer, critica o expansionismo penal e defende um direito penal clássico de intervenção mínima. Como proposta ao combate às novas criminalizações, propõe a criação de um Direito de Intervenção que aplique sanções que não sejam de caráter penal. Já a segunda corrente doutrinária, proposta pelo penalista espanhol Silva Sánchez, é adepta ao expansionismo penal, mas defende, de certa forma, que o combate a esses novos delitos, frutos de uma sociedade de risco e globalizada, não poderá ser feito com a superada dogmática penal clássica. O referido

penalista propõe um entendimento conciliador patrocinando uma nova teoria: o direito penal de duas velocidades, que será amplamente debatido neste trabalho.

No terceiro capítulo, dando continuidade ao estudo referente à dogmática penal na proteção do meio ambiente, será debatida a questão do Bem Jurídico e sua evolução conceitual, passando pela definição dada por Birnbaum até o funcionalismo penal.

Por fim, o capítulo dará ênfase à questão do bem jurídico difuso em virtude dos novos delitos que se apresentam, sendo possível identificar como exemplo o patrimônio cultural.

Já no quarto e último capítulo, a atenção se voltará para a resposta que o Direito Penal brasileiro tem dado às condutas ofensivas ao patrimônio cultural. Será feita uma análise referente à Lei n. 9.605 de 1998, norma esta que estabelece quais são os delitos ambientais, reservando uma seção própria para os delitos contra o patrimônio cultural e o ordenamento urbano.

Neste estudo, os tipos penais serão apresentados separadamente, apontados os aspectos mais importantes de cada um, sem, contudo, empreender discussão acerca de questões referentes ao sujeito ativo, passivo, consumação, objeto jurídico ou material, evitando, desse modo, que o texto fique enfadonho e cansativo. Será dada uma atenção especial ao crime de pichação em virtude da polêmica ocorrida em São Paulo no embate entre o prefeito eleito João Doria e os grafiteiros.

Ainda neste quarto capítulo, considerando a seara processual, serão apresentados diversos procedimentos da chamada justiça negocial, que tem como objetivo principal a reparação do dano, objetivo este propício aos delitos contra o patrimônio cultural. Assim, serão estudados os institutos da composição do dano civil, da transação penal, da suspensão condicional do processo, da Lei do Juizado Especial e também da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850 de 2013.

Por fim, será realizada uma reflexão acerca da aplicação do Direito Penal na defesa do patrimônio cultural e serão apontados alguns pontos polêmicos em relação ao direito penal ambiental, tais como: a responsabilização penal da pessoa jurídica e a questão do garantidor nos crimes ambientais.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho foi a descritiva-analítica, com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa referente à Tutela Penal do Patrimônio Cultural. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos na ordem dogmática.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de obras fundamentais como as de Paulo Silva Fernandes sobre Globalização, Sociedade de

Risco e o Futuro do Direito Penal; a de Jesús-Maria Silva Sánchez, “A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais”; a de Pierpaolo Cruz Bottini, “Crimes de Perigo Abstrato” e a “Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro”, de Marcos Paulo de Souza Miranda.

## 2 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como ponto de partida, antes de dar início à discussão referente à dogmática penal no que tange à proteção do patrimônio cultural, é importante conceituar e estabelecer os efeitos da palavra “cultura” e sua relação com o ser humano. A conexão entre homem e a cultura é fundamental para a compreensão da importância da preservação do patrimônio cultural.

A palavra “cultura” é polissêmica, na medida em que há diversos conceitos que a permeiam nos diversos ramos das ciências humanas. A cultura é estudada na antropologia, na sociologia bem como no direito, obtendo um sentido e uma dimensão de acordo com cada uma dessas ciências e outras mais que se dedicam aos estudos culturais.

Mesmo dentro de uma mesma ciência, o conceito sofre diversas definições. Dissertando sobre o tema cultura, os autores Presoto e Marconi, numa visão antropológica (2015, p.21), referem-se a ela da seguinte maneira:

Desde o final do século passado os antropólogos vêm elaborando inúmeros conceitos sobre cultura. Apesar de a cifra ter ultrapassado 160 definições, ainda não chegaram a um consenso sobre o significado exato do termo. Para alguns, cultura é comportamento aprendido; para outros, não é comportamento, mas abstração do comportamento; e para um terceiro grupo, a cultura consiste em ideias. Há os que consideram como cultura apenas os objetos imateriais, enquanto os outros, ao contrário, aquilo que se refere ao material. Também encontram-se estudiosos que entendem por cultura tanto as coisas materiais quanto as não materiais.

Já na ciência do direito, Reale Júnior (1993, p. 25), em seu livro “Lições Preliminares do Direito”, conceitua de modo bastante claro o termo cultura:

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.

Refletindo sobre conceito da palavra “cultura”, Cunha (2004, p. 19) assevera que:

[...] podemos identificar o termo cultura sob vários enfoques; assim, como dizem Marina de Andrade Marconi e Zélia Maria Presoto, cultura pode ser analisada como ideias (conhecimento e filosofia), crenças (religião e superstição), valores (moral e ideologia), normas (costumes e leis), atitudes (preconceito e respeito ao próximo), padrões de conduta (monogamia, tabu), abstração do comportamento (símbolos e compromissos), instituições (família e sistemas econômicos); técnicas (artes e habilidades) e artefatos (machado de pedra, telefone).



Percebe-se, portanto, especialmente na citação acima, o quanto a palavra cultura é plurissignificante. Qualquer atividade do homem é passível de ser identificada como cultura. Corroborando a dificuldade em conceituar a palavra cultura, Coutinho (2012, p. 107) observa que:

Questão de difícil solução é a relacionada à aceção sobre cultura. É um conceito tão dinâmico e indeterminado que se corre o risco, na tentativa de determiná-lo, de restringi-lo o seu sentido. Ou, por outra, abrindo mão de critérios objetivos, se sujeita ao perigo de considerar como manifestação cultural qualquer ação humana. Destarte, a palavra cultura tem origem latina e teve seu uso primeiramente ligado ao cultivo de grãos e animais. A partir do século XVI este sentido original foi se estendendo para o processo de desenvolvimento humano. Nos séculos XVIII e XIX, grafada inicialmente como *Culture*, mais tarde, como *Kultur*, a expressão era usada como noção de civilização. A concepção clássica de cultura do século XIX trouxe a ideia de desenvolvimento e enobrecimento das faculdades humanas ligada ao caráter progressista da era clássica.

Considerando que qualquer tentativa de conceituação leva, necessariamente, a uma limitação de determinado termo, no que diz respeito à palavra “cultura”, esta empreitada torna-se muito mais difícil pela riqueza que esta palavra apresenta em vários momentos da história da civilização.

## 2.1 Acultura e o homem

O homem se distancia do animal irracional pela possibilidade de realizar cultura, ou seja, pela capacidade de modificar o ambiente em que vive, realizando inúmeras atividades seja para sua sobrevivência, seja com o intuito de se organizar em uma coletividade.

A produção de cultura é essência do ser humano. O ato de comunicar e o modo de viver é essencialmente cultural. A vida em sociedade só foi possível em virtude da produção cultural realizada por ser humano. Nesse sentido, Marchesan (2007, p. 17) afirma que:

A cultura é tudo aquilo que é criado pelo homem. É também um conjunto de entes que, embora não sejam fruto da criação humana (ex. as paisagens naturais), são valorados pelo homem como bens culturais. Não há sociedade sem cultura. É a capacidade de produzir cultura que distingue o homem dos outros animais. A possibilidade de comunicação oral e de fabricar instrumentos que ampliam nossas capacidades biológicas tem-nos diferenciado do restante do reino animal.

Quem muito bem relaciona a cultura, o homem e seu habitat é Leff (2001, p. 283), em sua obra “Saber Ambiental”, na qual aduz que:

O habitat é o lugar em que se constrói e se define territorialidade de uma cultura, a espacialidade de uma sociedade e de uma civilização, onde se constituem os sujeitos sociais que projetam o espaço geográfico apropriando-se dele, habitando-o com suas significações e práticas, com seus sentidos e sensibilidades, com seu gostos e

prazeres. Um território étnico (a territorialidade dos seringueiros na Amazônia, baseada em estratégias de reservas extrativistas; os chimalapas com reserva de biodiversidade habitada pelos chimas; o espaço andino configurado pela civilização inca) é uma territorialidade construída por práticas de apropriação do mundo, resultado de uma dialética entre espacialidade geográfica, organização ecológica e significação cultural, que se define através de identidades culturais e estilos étnicos de apropriação da natureza.

O homem é fruto da sua própria cultura. Seu modo de viver, de fazer, de se organizar dá-se em torno de sua atividade cultural. Na década de 50, a descoberta do DNA levantou a tese de que o homem era fruto de sua herança genética, pouco influenciando o contexto externo no qual ele vivia ou seu modo de viver. Muitos cientistas afirmaram que a carga genética que o ser humano carrega é preponderante no seu comportamento. Diante desse quadro, surgiu o embate entre a biologia, a antropologia e a sociologia, que discutiam se era o contexto interno ou externo que moldava o ser humano.

Buscando a solução desse debate, o melhor entendimento da questão procura um equilíbrio entre as duas correntes: tanto a herança genética como a produção cultural em uma mesma vertente influenciam e formam o modo de viver das pessoas. Corroborando essa posição, Guimarães *et al.* (2013, p. 30) destacam que:

O fato é que se trata de uma falsa dicotomia a oposição entre a natureza – as forças biológicas – e a cultura – as influências da formação do meio. Essa dupla identidade humana forma-se através de uma complexa interação de condições naturais, mitos, saberes, realidades geográficas, criando variáveis históricas que se influenciam mutuamente. Portanto, o conhecimento cultural acaba influenciando a natureza, e, vice-versa, a natureza vai moldando, muitas vezes, a atividade cultural. Nessa complexa relação torna-se impossível identificar até que ponto o homem é influenciado por suas concepções biológicas ou culturais de forma estanque.

Assim, pode-se concluir que não há um confronto entre as forças da natureza e a cultura, mas uma convergência no sentido de que os dois posicionamentos têm uma grande influência no comportamento humano. Estabelecida a premissa da conexão entre a cultura e o homem e sua importância na evolução e na história da humanidade, necessário se faz discutir a relação entre cultura e direito.

O direito e a cultura se interligaram a partir do momento em que os direitos de segunda e de terceira geração se constitucionalizaram nos diversos países ocidentais, na passagem de um Estado Liberal para um Estado Social mais preocupado com as questões da coletividade. Tal momento se deu principalmente após as duas grandes guerras mundiais. Não bastava a liberdade política ou a democratização do poder constituído, pois era fundamental também a criação de uma sociedade mais justa, mais solidária, na qual o cidadão usufruísse de direitos sociais, direito à qualidade de vida e ao meio ambiente, à proteção e à fruição do patrimônio cultural como expressão da identidade nacional.

Nesse momento em que a cultura torna-se patrimônio de uma nação, de uma sociedade, o direito se apresenta como instrumento eficaz na sua preservação e fruição, estabelecendo regras de controle para que o patrimônio cultural seja preservado.

Importante salientar que os termos “cultura” e “patrimônio cultural” têm dimensões distintas. A cultura como expressão antropológica, ou seja, qualquer manifestação humana, não necessariamente integra o patrimônio cultural de um povo. A atividade humana cultural somente torna-se patrimônio cultural se há uma referência entre aquela atividade e a formação e identidade de um povo, pelo menos é o que sinaliza os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988. Nessa mesma linha de raciocínio, Marchesan (2007, p. 29) afirma que:

Nem tudo que integra a cultura, nem tudo o que se apresenta como obra exclusiva do homem, nem tudo o que não é inteiramente natural está abarcado pelo conceito de patrimônio cultural, o qual, importa desde logo assentar, difere do sentido civilista de patrimônio. [...] tratar o patrimônio cultural como categoria aberta não significa dizer que o integram todos os bens dotados de “algum valor cultural”, ou seja, todos aqueles fruto da criação ou da especial valoração humana, pois isso provocaria uma inconcreção também geradora de problemas.

Dessa forma, cultura e patrimônio cultural possuem dimensões distintas, sendo o último de menor amplitude, vinculado a alguma referência na construção do Estado ou de uma nação.

Como foi revelado anteriormente, com a constitucionalização dos direitos de segunda e terceira gerações, no ocidente, ganhou importância a preservação do patrimônio cultural como forma de preservar a memória, a identidade e a formação de um povo, de uma nação. Dissertando sobre tema, Marchesan (2007, p. 14) argumenta que:

Com apoio na ideia de que o ser humano necessita preservar seus laços e identidades pretéritas e presentes para edificar um futuro, afirma-se que sem preservação do meio ambiente cultural, não há que se falar em qualidade de vida. Na feliz expressão de Huyssen, o ser humano carece de “reservas vitais” como memória e a lembrança para traçar o seu destino, funcionando o patrimônio cultural como uma espécie de subsolo mental do país, alicerces de construção de um país.

O patrimônio cultural está intrinsecamente ligado à memória, como a formação da unidade de um povo. É o que une as pessoas para a formação de um País. Salientando a importância da memória como instrumento de identidade de uma coletividade, Goff (1990, p. 293) constata que:

A memória é um elemento essencial do que se costuma chamar identidade, individual ou coletiva, cuja busca é uma das atividades fundamentais dos indivíduos e das sociedades de hoje, na febre e na angústia. Mas a memória coletiva é não somente uma conquista, é também um instrumento e um objeto de poder. São as sociedades cuja memória social é sobretudo oral ou que estão em vias de construir

uma memória coletiva escrita que melhor permitem compreender esta luta pela dominação da recordação e da tradição, esta manifestação da memória.

A memória é uma ponte entre o passado e o presente para uma reflexão do futuro. A memória é um combustível para a história, instrumento pelo qual os Estados vão se formando, os povos vão se unindo dentro da mesma identidade formando assim verdadeiras nações. É de salientar que a história política do Brasil é bastante conturbada, pois o controle do poder Estatal era adquirido, muitas das vezes, via golpe de Estado. Assim, cada grupo que assumia o poder tentava, de toda forma, apagar da memória coletiva do passado, impondo uma censura a tudo que era contra o poder dominante. Nesse sentido, Soares e Quinalha, citando Pinheiro destacam que:

Não faz parte da tradição política brasileira acertar contas com o passado. Todas as transições do período republicano foram marcadas por anistias generalizadas e pelo esquecimento. O precedente mais próximo que se pode invocar antes da ditadura militar de 1964 foi a volta da democracia com a Constituição de 1946. E os crimes do Estado Novo se esvoaçaram para não perturbar os festejos do retorno ao regime democrático, como os da ditadura de 1964, para não empanar o brilho da Nova República. (PINHEIRO *apud* SOARES; QUINALHA, 2011, p. 511).

A memória mantém viva a história de um povo, pois se manifesta por meio da prática da cultura, construindo assim o Patrimônio Cultural desse povo. A memória afasta o esquecimento e mantém viva a consciência coletiva de um povo a respeito de seu passado e ajuda na construção de um futuro melhor. Conceituando memória, Soares e Quinalha (2011, p. 515) assim a definem:

Desde sua origem, o signo da memória floresce sob a tensão entre dois sentidos que lhe são constitutivos: a recordação e a imaginação. Por ser concebida como um meio de acesso ao passado, comumente, mostrou-se capaz não apenas de rememorar-lo, mas de recriá-lo, imputando-lhe elementos novos. Durante muito tempo, buscou-se demonstrar que esses processos do imaginário e da lembrança eram marcadamente diferentes e, de algum modo, até mesmo excludentes entre si. Enquanto o objetivo da imaginação estaria orientado ao fantástico, à ficção, ao irreal, ao impossível e ao utópico, a intencionalidade da lembrança seria dirigida diretamente à realidade anterior, à coisa recordada enquanto tal. Esta última dimensão, da memória enquanto mera recordação, era qualificada como mais fiel e, por isso, mais adequada para recuperar o passado.

A memória resgata o passado, obstrui o esquecimento e se materializa com as manifestações culturais. Hoje o Patrimônio Cultural e a memória estão intrinsicamente interligados e são formadores da sociedade brasileira. Atento a esse aspecto, o legislador constituinte estabelece um laço entre a memória, a cultura e a formação do povo brasileiro. Nesse aspecto, segundo Soares e Quinalha (2011, p. 517),

As complexas inter-relações entre a memória e a cultura estão delineadas na Constituição brasileira que estabelece que, para a consideração de um bem como integrante do patrimônio cultural brasileiro, é necessário que este bem, material ou imaterial, seja portador de valores de referência ligados à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, caput). Desse modo, além desses dois elementos – memória e cultura – serem estruturantes da sociedade moderna, no plano jurídico nacional, especialmente na seara do patrimônio cultural, apresentam-se intimamente vinculados. Isso porque a memória é um fator fundamental de coesão social e de veiculação de valores, ocupando lugar privilegiado na edificação da vida cultural e da identidade de um povo, tendo inclusive, capacidade de semantizar coisas, locais e artefatos.

Observa-se que o patrimônio cultural é um conceito aberto e em formação a partir do momento em que sua construção se perfaz por meio da memória. Assim, a formação da sociedade brasileira e de seus valores se apresenta a partir das manifestações culturais que têm sua gênese na memória coletiva de seu povo. Dessa forma, após fazerem uma correlação entre memória e patrimônio cultural, Soares e Quinalha (2011, p. 513) definem este último como:

[...] o conjunto de bens materiais e imateriais, acumulados durante o tempo ou produzidos na atualidade, os quais os homens valorizam como fundamentais para a fruição da vida no momento presente e que conservam para representar a transposição entre o passado e o futuro. É, ao mesmo tempo, herança, fruição e memória. É a valorização contemporânea de certos bens, materiais ou imateriais, que deverão servir de referência para entender o passado, viver o presente e refletir sobre o futuro.

Nessa perspectiva de fomentar a memória coletiva como instrumento formador da sociedade brasileira, o constituinte da Carta Magna de 1988 foi atento ao atribuir um conceito de patrimônio cultural às manifestações culturais que fazem referência aos valores do povo brasileiro. Nesse sentido, observam Cureau *et al.* (2009, p. 99) que:

A função de servir à memória coletiva está prevista na Constituição na indicação, como patrimônio cultural brasileiro, das formas de expressão e dos modos de criar, fazer, viver, bem como das obras, documentos, edificações e demais espaços, que passam a ser merecedores de tutela em decorrência de estarem destinados às manifestações artísticas-culturais ou ainda dos conjuntos urbanos.

O Patrimônio Cultural é construído pela memória coletiva que resgata o elo entre o passado e o presente. Fruto dessa composição é a formação da sociedade brasileira que tem como principal consequência a construção de unidade nacional, transformando o Estado brasileiro em uma verdadeira nação. Dissertando sobre a importância da concepção de Patrimônio Cultural na Constituição Federal, Cureau *et al.* (2009, p. 99) revelam que:

A Constituição, em sua concepção de patrimônio cultural, na qual a valorização da referencialidade e da imaterialidade e a busca da igualdade material são diretrizes a serem atingidas e perseguidas pelo Estado e pela sociedade, estabelece como funções dos bens culturais brasileiros: a) serem o elo de ligação [*sic*] entre o passado

e o presente, elo que liga os fatos cotidianos ou excepcionais à memória, à ação e à identidade cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira, contribuindo para o fortalecimento dos valores culturais dos grupos desfavorecidos; b) serem veículo que expresse os valores tangíveis e intangíveis das referências culturais eleitas pela comunidade, contribuindo para a educação em valores e sentimentos afetivos e reduzindo a desigualdade material dos grupos formadores da sociedade brasileira; c) serem recurso sustentável, proporcionando, para a comunidade, a fruição dos bens culturais e de outros bens da vida.

## 2.2 Patrimôniocultural e meio ambiente

É consenso na doutrina bem como na jurisprudência que o patrimônio cultural está inserido no conceito de meio ambiente. Há diversas dimensões dentro do conceito de meio ambiente. Temos o meio ambiente natural representado pelo nosso habitat: flora, fauna, ar, enfim, todo ecossistema. Há ainda o meio ambiente cultural e artificial demonstrado pela ação humana na arte de criar e estabelecer espaços artificiais como as nossas cidades e ainda o meio ambiente do trabalho.

A definição que respalda o entendimento acima é de Silva (1994, p. 2) que define o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.”

A própria Lei n. 6.938 de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu bojo, ao conceituar o meio ambiente, o faz de forma aberta, inserindo assim a possibilidade do patrimônio cultural na questão ambiental. Dessa forma, em seu artigo 3º, I, referida lei aduz que: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas [...]” (BRASIL, 1981).

O legislador foi muito feliz ao definir o meio ambiente de forma ampla, permitindo a inserção de diversas formas de interação entre o homem e a natureza na presente conceituação. Importante também é o que sustenta Perrini (1995, p.197), no que tange à definição de meio ambiente:

[...] o ambiente pode ser definido como conjunto de elementos naturais e culturais que integrados compõem o meio em que vivemos. Destarte, o conceito de meio ambiente deve abarcar toda esta gama de elementos, entre os quais se incluem as riquezas naturais (como v.g., a água, o ar, o solo, a fauna), artificiais e os bens culturais correspondentes (patrimônio histórico, artístico etc.).

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência pátria vem confirmando que o meio ambiente tem uma concepção unitária com várias dimensões, estando o patrimônio cultural

inserido nesse contexto. Em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

Atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (STF, ADI-MC nº 3.540/DF, Rel. Min. Celso de Mello. J. 01.09.2005).

Seguindo a vertente da jurisprudência pátria, o Superior Tribunal de Justiça, confirmando a tendência unitária do conceito de meio ambiente, em Recurso Especial, decidiu também que:

MEIO AMBIENTE. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). (STJ, Respn.º 115599/RS, 4ª T., Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 02 de setembro)

Fica evidente, portanto, que o conceito de meio ambiente não se limita a uma definição na esfera do habitat natural, mas compreende também qualquer interação do homem com seu meio. Nessa linha raciocínio, importantes são as palavras de Miranda (2006, p. 12):

Seguindo tal direcionamento a doutrina de vanguarda acerca da questão afirma que o meio ambiente não mais se resume ao aspecto meramente naturalístico, mas comporta uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o cerca.

Dessa forma, como se pôde verificar a partir da discussão acima, o meio ambiente é a interação dos espaços naturais, artificiais e culturais não limitando assim ao habitat natural. De acordo com esse entendimento, Rodrigues e Miranda (2012, p. 17) afirma que:

Não são poucos os que confundem meio ambiente com natureza, concluindo equivocadamente que somente os bens naturais (recursos hídricos, fauna, flora, ar, etc.) integram o conjunto de elementos componentes do meio ambiente. Entretanto, meio ambiente é a interação de conjunto de todos os elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em suas variadas formas, constituindo a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande toda a vida, inclusive a humana.

Assim, considerar o meio ambiente como conceito relacionado apenas à natureza é ir na contramão da doutrina e da jurisprudência modernas e desprezar toda a relação e atividade humana com seu meio. Corroborando este entendimento, Miranda (2006, p. 13) ainda defende que:

Com efeito, hodiernamente, torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque é sabido que são pouquíssimos os lugares da Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície da Terra que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente naturais está cada vez mais rara. Por isso, para os fins protecionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporânea.

A tendência de ter um conceito amplo de meio ambiente não é restrita ao Brasil. A própria Organização das Nações Unidas, em novembro de 1972, na Carta de Paris, sinalizou seu entendimento no que tange à compreensão de que o patrimônio cultural faz parte do meio ambiente, como se verifica em Marchesan (2007, p. 88):

Na Trajetória dessa tendência, é de se referir, ainda, a Convenção da ONU sobre a salvaguarda do patrimônio mundial, cultural e natural de 16 de novembro de 1972, conhecida como Carta de Paris, que constitui um marco na normativa internacional, por aderir a uma visão sistêmica de meio ambiente, na qual são tramados os aspectos naturais, culturais e artificiais como parte de um todo, a partir das definições constantes dos arts. 1º e 2º de patrimônio cultural e natural, respectivamente.

Nota-se um consenso, portanto, seja no âmbito nacional ou internacional pela proteção de bens naturais e culturais, considerados como bens pertencentes a humanidade. Dissertando sobre o tema, Cureau *et al.* (2009, p. 51) aduzem que:

Durante quase todo o século XX, e especialmente a partir da sua segunda metade, há um movimento internacional, liderado pela Unesco, que passa a trabalhar para, consenso global, produzir normas destinadas à preservação, à promoção e à proteção dos bens necessários ao desenvolvimento da vida com qualidade. Os avanços tecnológicos e a clara necessidade de acomodação dos bens já acumulados e dos produzidos para atendimentos das novas demandas refletiram também na tutela dos bens da vida. Nesse contexto, os bens culturais e ecológicos assumem especial importância e o patrimônio cultural e natural passou a ser considerado como uma das prioridades do Estado. A atenção mundial para a degradação ambiental e para o respeito à diversidade cultural gerou a elaboração, pela Unesco, no início dos anos 70 de Convenções sobre o meio ambiente e sobre o patrimônio cultural e natural mundial, que marcaram o tratamento desses temas no Brasil.



Assim, bens culturais e naturais estão no mesmo patamar, figurando dentro de um conceito amplo de meio ambiente. Trata-se, na verdade, de um bem pertencente a toda humanidade, cabendo a todas as nações oferecerem proteção especial a esse bem.

### **2.3 A proteção do acervo cultural na história do Brasil**

A proteção do patrimônio cultural nacional na história do Brasil é uma prática recente em virtude de vários fatores dentre os quais os anos de dominação portuguesa no território brasileiro.

No Brasil colonial pouco ou quase nenhuma norma de proteção ao acervo cultural foi editada, pois a coroa portuguesa via no Brasil apenas um território selvagem com única finalidade de exploração para servir aos interesses de Portugal.

Um dos primeiros registros relacionados à proteção do acervo cultural brasileiro durante o período colonial ocorreu com uma ordem do governo português para que se paralisassem as obras de destruição do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, para a edificação de um quartel na capitânia de Pernambuco:

Especificamente em solo brasileiro, o primeiro indício de preocupação governamental com a preservação do patrimônio cultural data do ano de 1742, quando o então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, escreveu ao Governador de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, ordenando a paralisação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em um quartel para as tropas locais, ocasião em que foi determinada a restauração do palácio.(MIRANDA, 2006, p. 2).

Sob a dominação portuguesa pouco se fez para proteger o acervo cultural construído no período colonial, pois as terras brasileiras eram um local de exploração do país colonizador. Todavia, a chegada da família real ao Brasil em 1808, fugindo das guerras napoleônicas e, conseqüentemente, a abertura dos portos brasileiros ocasionaram uma mudança brusca nesse panorama.

Com a chegada da família real a produção cultural no território brasileiro se intensificou sendo criadas universidades, teatros, parques. Vieram também para o país artistas e cientistas, o que levou o Brasil, mesmo ainda colônia, a abrir suas portas para o mundo, ocorrendo assim um incremento da produção cultural. Sobre esses eventos, oportunas são as palavras de Gomes (2007, p. 219), em que o autor relata as mudanças vivenciadas pelo Brasil Colônia com a chegada de Dom João VI:

O esforço de mudar o Brasil não se limitou ao aspecto administrativo. Enquanto mandava abrir estradas, construir fábricas e escolas e organizar a estrutura do governo, D. João também se dedicava ao que o historiador Jurandir Malerb chamou

de ‘empreendimentos civilizatórios’. Nesse caso, a meta era promover as artes, a cultura e tentar infundir algum traço de refinamento e bom gosto nos hábitos atrasados da colônia. A maior dessas iniciativas foi a contratação, em Paris, da famosa Missão Artística Francesa. Chefiada por Joaquim Lebreton, secretário perpétuo da seção de belas artes do Instituto de França, a missão chegou ao Brasil em 1816 e era composta por alguns dos mais renomados artistas da época: Jean Baptiste Debret, discípulo de Jacques-Louis David, o pintor favorito de Napoleão Bonaparte; Nicola Taunay, pintor de paisagens; seu irmão Auguste Taunay, escultor; Grandjean de Montigny, arquiteto, Simon Pradier, gravador e entalhador; Francisco Ovide, professor de mecânica aplicada; Francisco Bonrepos, ajudante de escultor; SegismundNeuKomm, músico e discípulo do compositor Franz Joseph Haydn. Além desses artistas, a missão incluía dois surradores e curtidores de peles, um serralheiro, três carpinteiros de carros e um mestre de obras de ferraria. D. João pagou as despesas da viagem e garantiu a todos generosas pensões, com a condição de que permanecessem pelo menos seis anos no Brasil.

Com a proclamação da independência, em 1822, e o início do período imperial pouco se avançou acerca da proteção do acervo cultural, apesar do interesse de Dom Pedro II pelas artes. Apenas como registro há uma tipificação penal no Código Penal Imperial de 1830 que, de certa forma, punia quem destruísse ou danificasse monumentos.

Sobre o apego do Imperador Dom Pedro II pelas artes, Gomes (2013, p. 137), em seu livro “1822”, relata que:

Nas suas viagens ao exterior, dom Pedro II foi colecionando uma impressionante galeria de celebridades internacionais do meio artístico, científico e intelectual, com as quais se correspondeu até o fim da vida. A lista inclui os portugueses Camilo Castelo Branco, Almeida Garrett e Alexandre Herculano, os franceses Victor Hugo, Lamartine e Pasteur, o alemão Richard Wagner.

A proclamação da República, em 1889, não trouxe muitas mudanças a esse cenário, sendo muito tímida e de pouco alcance qualquer legislação nacional que tutelasse o patrimônio cultural. Somente em 1933, no período da República Nova, é que foi editado o Decreto n. 22.928 de 1933, que elevou a cidade de Ouro Preto a condição de monumento nacional e, conforme descreve Marchesan (2007, p. 50), “pela primeira vez aparece na legislação brasileira a expressão patrimônio significando conjunto de bens culturais. Essa pioneira ação, restrita ao caso de Ouro Preto, foi posteriormente ampliada até adquirir feição constitucional.”

É importante deixar registrado também que foi um marco não na questão legal, mas na visão e no conceito de patrimônio cultural brasileiro, a Semana de Arte Moderna de 1922.

Trata-se de um marco, pois a Semana de Arte Moderna buscou o rompimento com o passado de prestígio da cultura europeia e propôs o retorno e valorização da cultura genuinamente brasileira com características e culto das raças que formaram o povo brasileiro. Em uma semana, vários intelectuais da época, como Oswald de Andrade e Mario de Andrade, reuniram-se num teatro na capital paulista com o objetivo de valorizar a cultura brasileira e romper com a europeização do acervo cultural do país, inaugurando o modernismo brasileiro.

Realizada entre os dias 13 e 18 de fevereiro de 1922, no Teatro Municipal de São Paulo, a Semana de Arte Moderna contou com a participação de vários artistas do Rio de Janeiro e de São Paulo. Considerado por muitos estudiosos da literatura como um divisor de águas na cultura brasileira, o evento provocou grandes e profundas transformações nas artes de nosso país – que, a partir daquele momento, romperiam definitivamente com a cultura europeizante ao propor o abasileiramento nas artes plásticas, na música e na literatura. Começava uma busca incessante pela construção de uma identidade genuinamente nacional, distante dos moldes europeus que pouco representavam o povo brasileiro. (PEREZ, 2017).

A semana de Arte Moderna de 1922 trouxe um olhar para dentro do Brasil para nosso patrimônio cultural, por meio de produções artísticas como as poesias de Oswald de Andrade, as pinturas de Tarsila de Amaral e o importante livro “Macunaíma”, de Mário de Andrade, que sintetiza o momento e os fundamentos da Semana de Arte Moderna. Na obra literária, Mário de Andrade narra a trajetória do primeiro herói nacional. Um herói não com atributos físicos de um europeu, mas genuinamente brasileiro. Assim Mário de Andrade descreve Macunaíma:

No fundo do mato-virgem nasceu Macunaíma, herói da nossa gente. Era preto retinto e filho do medo da noite. Houve um momento em que o silêncio foi tão grande escutando o murmurejo do Uraricoera, que a índia Tapanhumas pariu uma criança feia. Essa criança é que chamaram de Macunaíma. Já na meninice fez coisas de sarapantar. De primeiro passou mais de seis anos não falando. Si incitavam a falar exclamava: - Ai que preguiça! e não dizia mais nada. Ficava no canto da maloca, trepado no jirau de paxiúba, espionando o trabalho dos outros e principalmente os dois manos que tinha, Maanape já velhinho e Jiguê na força do homem. O divertimento dele era decepar cabeça de saúva. Vivia deitado mas si punha os olhos em dinheiro, Macunaíma dandava em ganhar vintém. E também espertava quando a família ia tomar banho no rio, todos juntos e nus. Passava o tempo do banho dando mergulho, e as mulheres soltavam gritos gozados por causa dos guaiamuns diz-que habitando a água-doce por lá. No mocambo si alguma cunhatã se aproximava dele pra fazer festinha, Macunaíma punha a mão nas graças dela, cunhatã se afastava. Nos machos guspia na cara. Porém respeitava os velhos e frequentava com aplicação a murua a pocaré o torê o bacororô a cucuicogue, todas essas danças religiosas da tribo. (ANDRADE, 2016, p. 01).

Com esse trecho fica claro que Mário de Andrade, ao criar um herói nacional, o faz com todas as características da formação do povo brasileiro, incluindo as heranças recebidas pelos escravos e indígenas.

Posteriormente, com a implantação da Segunda República pelo presidente Getúlio Vargas e a promulgação da Constituição Federal de 1934 houve a primeira manifestação do Estado na tutela do patrimônio cultural:

[...] o grande avanço se deu em 1934 com a consagração da proteção ao patrimônio cultural através da Constituição Federal promulgada em 16 de julho daquele ano. A novel Carta Magna instituiu a função social da propriedade como princípio constitucional (art. 133, inciso XVII), bem como instituiu os primeiros comandos

constitucionais impondo a proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...]

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

Art. 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual. (RODRIGUES; MIRANDA, 2012, p. 203).

Inserida no contexto constitucional, a cultura deveria ser estruturada tanto de forma administrativa como necessitava de uma legislação infraconstitucional que efetivasse as normas constitucionais de cunho protecionista da cultura brasileira. Imbuído de semelhante propósito o Ministro da Educação à época, Gustavo Capanema, inaugurou e estruturou órgão administrativo denominado Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) e, concomitantemente, solicitou ao intelectual Mário de Andrade a elaboração de um projeto referente à política de âmbito nacional referente ao patrimônio cultural.

Esse projeto foi a base do Decreto-Lei n. 25 de 1937, mais conhecido como a Lei de Tombamento, que representou um marco histórico no que tange à legislação de proteção do acervo cultural nacional.

Como afirmado anteriormente a elaboração do Decreto-Lei n. 25 de 1937 foi destinada ao poeta Mário de Andrade então Diretor do Departamento de Cultura da Prefeitura de São Paulo atendendo a um pedido do Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema. Sobre tal evento histórico, escreve Costa (2011, p. 54):

Em 1936, em virtude dos debates que já aconteciam desde a segunda metade do século XX, Gustavo Capanema encomendou ao poeta modernista Mário de Andrade, em razão de sua participação no Departamento de Cultura da cidade de São Paulo, ainda no começo dos anos trinta, um anteprojeto de lei para organizar a defesa do patrimônio histórico e artístico. Mario de Andrade formulou um anteprojeto que definia as competências do Serviço do Patrimônio Nacional, apresentava um conceito de patrimônio histórico e artístico nacional, bem como organizava as obras de arte patrimoniais em oito categorias, divididas em quatro livros. O anteprojeto de Mário tinha por uma de suas virtudes o reconhecimento das artes ameríndias e de arte popular e tradicional.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização do país, veio a Constituição Federal de 1946, que pouco inovou em relação à proteção do acervo cultural. Sobre o tratamento dado à proteção do patrimônio cultural nesta Carta Magna, Marchesan (2007, p. 53) salienta que:

Na Constituição de 1946, o tema é enfrentado no título VI, que versa sobre a família, a educação e a cultura. Além de proclamar o dever do Estado de amparar a cultura (art. 174), essa Carta declara sob proteção do Poder Público “as obras, monumentos

e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza.” (art.175).

Passado o período democrático, com a implantação da ditadura militar, veio a Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69 que em nada modificou o que estabelecia a Constituição de 1946 a respeito do patrimônio cultural, continuando a cultura inserida no título referente à família e à educação.

Vinte anos se passaram desde o golpe militar e, na metade década de 80 do século passado, veio a redemocratização da nação com a chamada República Nova. Instalada a Assembleia Constituinte, a nova Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988, ficando conhecida como “Constituição Cidadã”.

Esta Carta Magna é um marco na história da proteção do patrimônio cultural no Brasil. A norma constitucional estabelece um novo conceito de patrimônio cultural mais amplo com enfoque na cidadania e na formação do povo brasileiro. Rompe com o passado limitado ao conceito restrito de monumento e estabelece um como direito fundamental a proteção e o acesso dos brasileiros a sua cultura. Nesse contexto, reza o preceito constitucional que:

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.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

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

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

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

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

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

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

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

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. (BRASIL, 1988).

Pode-se perceber que a Carta Magna de 1988 trouxe um enfoque totalmente novo no que diz respeito ao conceito de patrimônio cultural, considerando não apenas os bens materiais, mas os imateriais, fomentando e respeitando as diversidades culturais existentes neste país de dimensão continental. Quanto à proteção não se limitou ao tombamento ou à desapropriação, mas trouxe os institutos registros, inventário e vigilância. Por fim, declara como direito fundamental a fruição, o acesso e a proteção do acervo cultural por parte da população.

Conforme estabelece Miranda (2006, p. 56), pode-se dizer que:

Os bens culturais são normalmente divididos em duas grandes categorias: a dos materiais e a dos imateriais.

Os bens culturais materiais ou tangíveis são aqueles constituídos por coisas corpóreas, palpáveis, tais como: edificações, monumentos, estatuas, documentos, sítios urbanos etc. A proteção desses bens pode ser alcançada por meio de vários instrumentos, tais como: tombamento, inventário, desapropriação, lei de zoneamento, sentença judicial entre outros.

Já os bens culturais imateriais ou intangíveis relacionam-se à identidade, à maneira e à ação dos grupos sociais, Incluem-se nesse conceito as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, considerando: os saberes (conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades), as Celebrações ( rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social), as Formas de expressão (manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas) e os lugares (mercados, feiras, bibliotecas, cinemas, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas).

Nesses termos, na Constituição Federal de 1988, o conceito de patrimônio cultural se tornou mais amplo: saindo da antiga tradição de monumento cultural, o acervo cultural passa agora a ser considerado como qualquer forma de manifestação que evidencie os valores formadores da sociedade brasileira. Com esse entendimento, Soares e Quinalha (2011, p. 514) revelam que:

O que muda com a Constituição atual, em relação ao tratamento da cultura e dos bens culturais, decorre da própria concepção do Brasil como um Estado Democrático de Direito. E o traço cultural democrático é estabelecido, em especial: a) pelos artigos constitucionais que versam sobre o direito à cultura e sobre a importância da tutela dos bens culturais que são portadores de referências para os grupos formadores da sociedade; e b) pela Estruturação do Estado para a proteção dos valores culturais com a colaboração da comunidade e também dentro do sistema de proteção dos direitos coletivos. A Constituição não define o que é patrimônio

cultural brasileiro, porém estabelece que o seu tratamento deve se pautar no respeito à diversidade e à liberdade e na busca da igualdade material entre e para os grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente para os grupos desfavorecidos histórica, social e economicamente. Além disso, a sua tutela deve buscar sempre a manutenção dos elementos essenciais à vida digna e com qualidade, que deve ser fruído tanto pelas presentes como pelas futuras gerações.

Sobre a nova ótica dada pela Carta Magna de 1988 ao conceito de patrimônio cultural, Milaré (2011, p. 318) constata que:

Sob a denominação “Patrimônio Cultural, a atual Constituição Federal abraçou os modernos conceitos científicos sobre a matéria. Assim, patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira. Portanto, temos aqui a consagração, diante do direito positivo, do pluralismo cultural, isto é, o reconhecimento de que a cultura brasileira não é a única, não se resume ao eixo Rio-São Paulo nem ao Barroco mineiro e nordestino, mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões. E essa diversidade e riqueza de bens culturais, construídas incessantemente num país de dimensões continentais e variegada formação étnica, que se pretende ser conservada.

Apesar de a Constituição Federal estabelecer um tratamento especial no que tange ao Patrimônio Cultural tal medida não efetiva a real proteção ao acervo cultural brasileiro, cabendo a cada cidadão a consciência e a responsabilidade na proteção dos bens culturais que fazem referência à formação do povo brasileiro. Essa observação é compartilhada por Machado (2015, p. 918), ao defender que:

O fato de existir na Constituição da República um conjunto de normas sobre patrimônio cultural não garante por si só, sua sustentabilidade; mas não deixa de ser um potente farol para guiar a ação dos poderes públicos e da sociedade civil. Na implementação do conceito de patrimônio público há duas partes, uma estática e outra dinâmica. A criação de uma legislação do patrimônio cultural irá propiciar as formas de sua conservação e os tipos de gestão desse patrimônio.

Consolidada a redemocratização do Brasil e sob o manto da Constituição Federal de 1988, várias legislações foram elaboradas no intuito de efetivar a proteção do patrimônio cultural, dentre as quais destacam-se: a Lei n. 9.605 de 1998, que dispõe sobre sanções penais referentes a condutas lesivas ao meio ambiente, reservando um capítulo próprio aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; a Lei n. 10.257 de 2001, chamada Estatuto da Cidade, importante norma de gestão e organização do espaço urbano que tem como uma das suas diretrizes a proteção e a recuperação do patrimônio cultural. Nesse sentido, expõe Carvalho Filho (2011, p. 33):

O patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico também deve ser cuidado com atenção pelas ações de política urbana. Trata-se de bens que, da mesma forma que o meio ambiente, estão sob tutela constitucional, conforme consta do art. 216 e parágrafos da Constituição. Um dos aspectos mais relevantes dessa proteção, quanto à política urbana, é a de impedir que a especulação imobiliária e outros interesses privados acabem por causar a destruição de tais valores, sobretudo porque a destruição frequentemente se afigura irreversível.

Até este ponto do trabalho, foi observado que a trajetória e a consolidação das leis de proteção e tutela do acervo cultural foi bastante lenta no transcorrer da nossa história política do Brasil. É de salientar o contexto histórico de dominação portuguesa dificultou muito o processo de criação de uma legislação que protegesse os interesses do país. Outro fato que merece destaque é que as turbulências políticas pelas quais passou o Brasil e as incertezas quanto ao futuro por elas geradas prejudicaram e impediram a consolidação de leis de importância para a nação sobre as quais se sobrepujavam legislações em que prevaleciam os interesses de grupos e famílias que ocupavam o poder.

#### **2.4 Novo enfoque do patrimônio cultural em face da Constituição Federal de 1988**

Antes de discutir o novo enfoque de patrimônio cultural dado pela Constituição Federal de 1988, necessária se faz uma reflexão referente ao constitucionalismo contemporâneo, principalmente em virtude do surgimento de novos direitos que têm como titularidade não apenas um indivíduo, mas uma coletividade, como o meio ambiente, estando o patrimônio cultural inserido nesse sistema.

O constitucionalismo contemporâneo surgiu após a segunda guerra mundial rompendo com o direito constitucional positivista ao instaurar uma fundamentação principiológica. As constituições dos estados, antes meras cartas de boas intenções, passaram ser depositárias e efetivadoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, Costa, Reis e Oliveira (2016, p.74-75) afirmam que:

No constitucionalismo contemporâneo, o sistema jurídico possui fundamentação discursivo-principiológica, e não mais positivista legalista, e tão pouco filosófico-transcendental. Até o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios jurídicos – de base jusnaturalista – eram utilizados apenas para integrar o Direito, possuindo, assim, baixa normatividade jurídica. Mas, a partir do constitucionalismo contemporâneo, os fundamentos do Direito foram gradualmente redefinidos sob a perspectiva principiológico-discursiva, e não mais principiológico-transcendental. Portanto, e apesar da lei ainda ocupar status relevante no Direito contemporâneo, toda a legislação é atualmente elaborada, interpretada e aplicada à luz dos princípios discursivamente instituídos, que passaram a exercer diversas funções estruturantes e funcionais no sistema jurídico e no contexto social do sistema jurídico. Se o constitucionalismo clássico ocidental se centrou na lei como parâmetro para a legitimação política (Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito), o constitucionalismo contemporâneo assenta-se em substratos principiológico-



discursivos de legitimação democrática da política e do próprio Direito (Estado Democrático-Constitucional).

Nessa ótica, é importante analisar e interpretar as normas constitucionais sob o prisma principiológico e não apenas apegado a um positivismo legalista que muito pouco pode ser extraído do texto constitucional. No constitucionalismo contemporâneo é extremamente importante a doutrina de Ronald Dworkin, que enfatiza a força normativa dos princípios especialmente no texto constitucional, conforme destaca Sampaio (2013, p. 135):

A constituição é o registro histórico mais importante que deve ser levado em conta na procura da melhor concepção dos princípios morais constitucionais em vigor. Mas não é único, até porque ela requer uma leitura moral que passe pelo seu corpo linguístico, é obvio, considerando em acréscimo, as compreensões atuais de seu texto e pela sociedade. Um princípio constitucional pode e deve ser aplicado por um juiz que assim identifique-o como parte integrante das práticas da história nacional. Esse processo de identificação dos princípios deixa, sem dúvidas, muitas possibilidades abertas.

Situadas nesse contexto, no qual o rigor positivista é afastado em virtude de uma doutrina e uma interpretação constitucional apoiada em princípios, são fundamentais a discussão e a reflexão acerca da roupagem trazida pela Constituição Federal de 1988 no que tange ao patrimônio cultural.

É certo e cada vez mais tem-se afirmado que o direito ao patrimônio cultural é um direito fundamental. Não só a proteção ao acervo cultural, mas também a sua acessibilidade e fruição pela população. Nesses termos, Gomes (2013, p.5), ao conceituar direito ao patrimônio cultural afirma que:

Partindo-se do conceito de cultura, conceituamos o “direito do patrimônio cultural” como um conjunto de normas e princípios que protegem os valores dos diferentes grupos e classes sociais de todas as regiões, no que diz respeito à sua identidade, memória e ação. Consiste em instrumentos legais de preservação dos registros do passado, essenciais para a manutenção da identidade cultural (coletiva) de um povo.

Os direitos fundamentais são estabelecidos de acordo com o momento histórico de cada nação e são fruto de lutas ideológicas e políticas principalmente a partir do século XVIII. A doutrina, ao discorrer sobre a evolução dos direitos humanos ou fundamentais, estabelece uma classificação do rol de direitos humanos.

Trata-se de dissertar sobre a teoria geracional dos direitos humanos. Conforme revela Ramos (2015, p.125), “a afirmação histórica dos direitos humanos é marcada pela mutação e constante renovação, desde a Antiguidade aos dias de hoje. Por isso, a abordagem tradicional do conteúdo dos direitos humanos é a chamada ‘geração de direitos’”.

Os direitos originam-se de conquistas históricas do ser humano em sua trajetória pela Terra. Como bem salienta Sampaio (2010, p. 134),

Os direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, nem foram resultados de um big bang jurídico que esteja a impedir a vista de alcançar o que havia antes da grande explosão. Parece fácil a metáfora, porque, assim como o universo, também o sistema de direitos continua em trajetória de expansão e há igualmente aqui uma espécie de substância escura e vários horizontes de eventos que tornam difíceis algumas interpretações razoavelmente convincentes de fenômenos que, na falta do que ou com o que dizer, preferimos qualificar de imponderáveis.

As gerações dos direitos humanos são divididas em três momentos. A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, são direitos às chamadas prestações negativas, nos quais vigora a autonomia do indivíduo em contraposição às ingerências do Estado, tais como: liberdade civil, religiosa, liberdades políticas.

A segunda geração diz respeito à aos direitos sociais, tais como: saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros. Há aqui uma atuação positiva do Estado.

Já a terceira geração engloba aqueles direitos pertencentes a uma comunidade, a um número indeterminado de pessoas. Tais direitos estão difusos na sociedade. São os chamados direitos metaindividuais, dentre os quais podemos citar: direito à paz, ao meio ambiente equilibrado e à autodeterminação dos povos. Como bem salienta Sampaio (2010, p. 275), “a natureza e objetivos desses direitos dão um duplo cariz: de direitos de coletivos, de todos, de nações em desenvolvimento ou de minorias, de direitos internacionais”.

A teoria geracional dos direitos humanos, no primeiro momento, leva a crer que as gerações são momentos estanques em que há uma sobreposição de direitos, o que não é verdade.

A respeito da temática, Ramos (2015, p.129) argumenta que:

A teoria geracional vista acima é criticada nos dias de hoje por transmitir, de forma errônea, o caráter de sucessão de uma geração por outra. Como salienta BONAVIDES, enquanto em relação aos seres vivos há a sucessão entre gerações, nos casos dos direitos humanos, há ao contrário acumulação de direitos. Para o citado autor, a melhor expressão seria dimensão, que se justifica tanto pelo fato de não existir realmente uma sucessão ou desaparecimento de uma geração por outra, mas também quando novo direito é reconhecido, os anteriores assumem uma nova dimensão, de modo a melhor interpretá-los e realizá-los.

Nesse mesmo sentido, Piovesan (2008, p.27) frisa que:

Uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação. O direito de propriedade, por exemplo, deve ser interpretado em conjunto com os direitos de propriedade, por exemplo, deve ser interpretado em conjunto com os direitos sociais previstos no ordenamento, o que revela a sua função

social. Após a consagração do direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade deve também satisfazer as exigências ambientais do uso.

Assim, os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica que a cada geração vai se acumulando e se inter-relacionando. Refletindo sobre a função dos direitos fundamentais e sua importância como instrumento de freio frente à atuação dos Estado perante o indivíduo, Costa *et al.* (2009, p. 42) salientam que:

É preciso reafirmar que os direitos fundamentais foram idealizados para sanar conflitos entre interesses particulares e estatais. Inicialmente era requerida a abstenção do Estado. Atualmente, em outras circunstâncias é a atuação do Estado que concretiza o direito fundamental. Um exemplo disso é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser viabilizado pelo Poder Público. Dessa forma, os direitos fundamentais ora requerem um abstenção, ora uma atuação do Estado. São chamados *status negativus* e *status positivus*, impostos ao Poder Público para que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam salvaguardados.

Acompanhando a construção histórica dos direitos fundamentais e demonstrando sua importância, o Brasil não ficou alheio a essas mudanças e às influências ideológicas referentes aos direitos do cidadão. Todavia, em virtude da conturbada história política do país, ora havia retrocesso ora avanços referentes aos direitos humanos. Porém, na metade da década de 80, com o fim do regime militar e período ditatorial veio a Constituição Federal de 1988, que trouxe inúmeras garantias e direitos fundamentais embasados no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988 trouxe novos paradigmas para a sociedade brasileira em todos os aspectos e, munida de um espírito democrático, devolveu ao povo brasileiro a esperança de nova vida respaldada nos direitos fundamentais. A presente norma constitucional trouxe no bojo do art. 5º inúmeros direitos, não sendo, contudo, uma clausura já que, no parágrafo 2º do mesmo artigo, apresenta uma norma de expansão que revela a possibilidade de reconhecer outros direitos fundamentais no texto constitucional em virtude dos princípios por ela adotados e em virtude de tratados internacionais. Dentro desses direitos fundamentais, fora do rol do art. 5º, temos a questão ambiental, aí inserido também o patrimônio cultural.

É, pois, direito fundamental do cidadão ter acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a sua memória e a sua identidade como instrumentos de formação da sua cultura. Sobre essa reflexão, oportunizam as palavras de Gomes (2013, p. 02) que:

A sociedade moderna vive uma época em que o interesse na deterioração e subtração de bens históricos expande-se de forma alarmante. Desconsiderar o escudo protetor do patrimônio cultural brasileiro – o texto constitucional – é retirar da sociedade

parte de sua dignidade, afinal o homem não subsiste, seja do ponto de material, espiritual ou psicológico, sem o passado.

É importante enfatizar que os direitos fundamentais estão embasados e alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ter o cidadão acesso ao seu passado, a sua cultura, a sua memória é uma das dimensões da dignidade humana e, com certeza, um direito fundamental. Mais uma vez, nessa linha de raciocínio, Gomes (2013, p. 17) postulaque:

O interesse do indivíduo e da sociedade na proteção dos bens culturais decorre da necessidade de o homem refletir valores de memória, antiguidade, originalidade, raridade, singularidade, dentre outros, abrangendo todas as formas de participação no Estado Democrático de Direito. Constitui parte relevante e estruturante da identidade e memória coletiva, ou seja, representa uma face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III da Constituição Federal, de 1988 que não mais se restringe a uma concepção individualista.

O acesso à cultura é uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, sendo um direito fundamental. O acesso a sua origem como entendimento do passado é direito de todo cidadão. Sob esse aspecto, Santos e Staffen (2016, p. 283) escrevem que:

A análise da dignidade da pessoa humana em sua dimensão cultural é decisiva para assegurar a aplicação e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, e também a dedução, a partir desse princípio dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Os conteúdos de sentido a serem construídos a partir da dignidade da pessoa humana podem ser relacionados à sustentabilidade para assegurar uma vida digna e com o desenvolvimento sustentável, para que tal desenvolvimento não cause lesão à condição humana neste planeta.

Considerando também que o patrimônio cultural está inserido no conceito de meio ambiente, Marchesan(2007, p.102) observa que, “ao reconhecer o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, o constituinte não deixou de inserir em tal direito a dimensão cultural”.

Corroborando com esse entendimento de que o patrimônio cultural é um direito fundamental garantido pela Constituição, Costa *et al.* (2009, p. 55) ressaltam que:

Não há dúvidas de que o constituinte vinculou os valores do meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado e a preservação do patrimônio cultural material e imaterial. Ainda que não inseridos no rol do art. 5º, tais valores estão classificados na forma de direitos fundamentais. Veja o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, o qual reconhece a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional bem como em tratados internacionais, além do possível reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos e daqueles decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

É certo que o direito ao patrimônio cultural previsto na Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito não se limita apenas à proteção, mas também há outras dimensões como o direito ao acesso e à fruição do acervo cultural. Nesse sentido, Gomes (2013, p.20) nos ensina:

A conceituação do patrimônio cultural como direito fundamental assegura a imprescritibilidade das ações de danos culturais coletivos, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas ações que envolvam bens culturais, além da utilização de todos os instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico para salvaguardar os direitos fundamentais, como, por exemplo, ação civil pública. Ainda, assegura a fruição dos bens ensejando o direito visibilidade, conhecimento, informação e uso do conteúdo. Torna-se imprescindível o direito da coletividade de desfrutar dos bens culturais, que são aqueles que representam testemunho material como valor de civilização e cultura, independentemente de se encontrarem sob o domínio de particulares ou do Estado. O direito de desfrutar dá-se de forma compatível com os demais direitos protegidos constitucionalmente, não cabendo sacrifícios desproporcionais, sobretudo em relação ao domínio particular.

Nesse sentido, Miranda (2006, p. 16) também argumenta que:

A proteção ao patrimônio cultural insere-se, sem dúvida, no conceito de direito fundamental de terceira de geração, sendo incontestado que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.

Assim, pode-se concluir que o direito ao patrimônio cultural não termina ou se esgota em sua proteção apenas. Ele assegura a todo cidadão, como direito fundamental, o acesso e a fruição dos bens culturais como forma de exercer sua cidadania. Resgatar a memória, ter conhecimento do passado, conhecimento das suas origens é exercício de um direito que só é possível com o acesso ao patrimônio cultural preservado. Nesses termos, dissertam Cureau *et al.* (2009, p. 110):

O reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental ocorre na Constituição de 1988, com o estabelecimento de uma organização jurídico-política do Estado Brasileiro que possibilita a criação e o fortalecimento de um aparato normativo e institucional que garante a liberdade e igualdade no exercício dos direitos culturais (plano normativo) e também tutela os bens culturais (patrimônio cultural) como bens da vida, numa perspectiva de interação Estado-sociedade, para o desempenho dessa tarefa. Além disso, há a previsão de que os direitos fundamentais não são apenas os indicados nominalmente na Carta, mas também os direitos previstos nos tratados e convenções internacionais que versem sobre a matéria, com a incorporação imediata pelo ordenamento jurídico constitucional, por força do que prescrevem os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição.

Apresentadas as definições de cultura, de patrimônio cultural bem como sua relação com o meio ambiente, passou-se, no presente capítulo, à apresentação do percurso histórico da legislação referente à proteção do acervo cultural e à discussão de que o direito ao patrimônio cultural configura-se em direito fundamental necessário. Após a apresentação desses

conceitos introdutórios, o próximo capítulo objetiva apresentar um exame da dogmática penal e suas características na perspectiva da defesa de um bem jurídico difuso, que é o patrimônio cultural.

### 3 A PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA PENAL NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A sociedade e suas estruturas estão em constante evolução, sofrendo permanente mutações no andar da história. Todavia o direito nem sempre tem a mesma velocidade ou acompanha o ritmo das mudanças sociais, principalmente, a ciência penal. Vivemos de forma bem diferente que há quarenta ou cinquenta anos atrás e a dogmática penal ainda resiste em se adaptar às novas conjunturas impostas pela sociedade.

Após a crescente industrialização, que começou no século XVIII com a Revolução Industrial, o mundo experimenta os efeitos da globalização e os iminentes avanços tecnológicos. Quebram-se as fronteiras, os países se relacionam mais tanto no campo econômico quanto no intercâmbio de pessoas. O avanço da tecnologia em todas áreas da ciência muda sobremaneira o hábito das pessoas, modificando por completo a estrutura da sociedade mundial. Com muita propriedade, Leonardo Boff disserta sobre esses novos tempos:

A mudança da natureza da operação tecnológica, mediante a robotização e a informatização, propiciou uma produção fantástica de riqueza. Ela vem apropriada, de forma altamente desigual, por grandes corporações transnacionais e mundiais que aprofundam ainda mais o fosso existente entre ricos e pobres. Essa acumulação é injusta, porque pessimamente distribuída. Os níveis de solidariedade entre os humanos decaíram aos tempos da barbárie mais cruel. Tal fato suscita um fantasma aterrador: uma bifurcação possível dentro da espécie humana. Por um lado, estrutura-se um tipo de humanidade opulenta, situada nos países centrais, que controla os processos científicos-técnicos, econômicos e políticos e é o oásis dos países periféricos onde vivem as classes aquinhoadas. Todos esses se beneficiam dos avanços tecnocientíficos, da biogenética e da manipulação dos recursos naturais e vivem em seus refúgios por cerca de 120/130 anos, tempo biológico de nossas células. Por outro, a velha humanidade, vivendo sobre pressão de manter um status de consumo razoável ou simplesmente na pobreza, na marginalização e na exclusão. Esses deserdados e destituídos vivem como sempre viveu a humanidade e alcançam no máximo a média de 60-70 anos de expectativa de vida. Em segundo lugar, a crise do sistema de trabalho: as novas formas de produção cada vez mais automatizadas dispensam o trabalho humano; em seu lugar, entra a máquina inteligente. Com isso, destroem-se postos de trabalho e tornam-se os trabalhos descartáveis, criando imenso exército de excluídos em todas as sociedades mundiais. (BOFF, 2009, p.14).

A sociedade pós-industrial, portanto, não experimentou avanços apenas. Com a globalização e os avanços tecnológicos que, se por um lado, ajudam a vida das pessoas, por outro, trazem novos riscos e insegurança no cotidiano dos indivíduos.

Apesar da criação de riscos permitidos pela sociedade, o sentimento de insegurança veio a dominar a rotina dos cidadãos. Viajar de avião, deslocar-se de metrô dentro de um centro urbano, alimentar-se de produtos modificados geneticamente, os transgênicos, tudo isso gera um risco que é tolerado pela sociedade, mas o medo e a

insegurança torna-se presente. Nesse cenário de incertezas, Ribeiro ePaulon (2013, p. 278) relatam que:

Assistiu-se, já a partir da segunda metade do século XX, ao exponencial crescimento tecnológico e de pesquisas científicas que, ao tempo que proporcionaram um maior bem-estar individual por corresponder às expectativas do homem de uma vida mais confortável, apresentaram, também, o negativo aspecto de proporcionar à humanidade os riscos da própria atividade humana, com toda a sua vicissitude e falibilidade, de forma a consolidar a possibilidade de grandes catástrofes, que afetam todos e que decorrem, direta ou indiretamente, da própria atividade do homem. Como esclarece Sánchez (2011, p. 35), desde a obra de Beck é comum a caracterização da sociedade pós-industrial que vivemos como sociedade de risco ou de riscos, e que emprega, além do risco tecnológico, uma enorme e variada gama de atividades que contribuem para a concepção de uma verdadeira sociedade de objetiva insegurança.

Nesse ambiente de medo, fruto dessa sociedade, novas criminalizações surgiram com perspectivas bem diferentes que o direito penal clássico tinha o costume de combater. Quando se trata de delitos, tais como: narcotráfico, pedofilia, crimes fiscais, crimes cibernéticos, corrupção de grandes empresas dentro do governo, crimes contra o meio ambiente, fala-se de bem jurídicos difusos, em que há inúmeras vítimas afetadas e o território por muitas vezes sobrepõe as fronteiras nacionais. Nesse cenário, questiona-se a eficiência da dogmática penal frente a essas novas criminalizações.

Considerando esse cenário complexo, o objetivo do presente capítulo é discutir o e refletir sobre o papel do direito penal, primeiramente, nesta nova sociedade que o sociólogo alemão Ulrich Beck cunhou como uma sociedade de risco e, em segundo lugar, questionando quais são as perspectivas da ciência penal em face dessas novas criminalizações, fruto de um mundo globalizado e dominado pelo avanço tecnológico. Caberá, assim, a discussão acerca de até em que ponto se faz necessário o rompimento ou não da dogmática clássica penal ou se os institutos penais já existentes são eficazes para o enfrentamento desses novos delitos, mais especificamente, os crimes contra o meio ambiente.

### **3.1 A sociedade de risco e o Direito Penal**

Antes de iniciar a discussão sobre o direito penal dentro de uma sociedade de risco, apresentar-se-á um breve panorama histórico referente ao direito penal e sua dogmática. Como marco inicial, adota-se a época do iluminismo, na qual destaca-se Cesare Beccaria como grande crítico do direito penal, com sua obra “Dos delitos e das penas”. Respalda em ideias liberais, tendo como pano de fundo os ideais do Iluminismo do século XVIII, Beccaria faz severas críticas no que tange à aplicação do direito penal e, mais precisamente, à infligência das penas na época, como a pena de morte, os castigos corporais, atortura e um processo



eminente inquisitivo com pouquíssima possibilidade de defesa e quase nenhum contraditório. Como bem salientam Zaffaroni e Pirangeli (1997, p. 270),

Beccaria, nasceu em Milão, em 1738, e morreu na mesma cidade em 1794. Pode ser considerado como autor a quem coube a fortuna de lançar as bases do direito penal contemporâneo, posto que é em função de sua crítica que a legislação penal europeia começa a limpar-se, um pouco, de seu banho constante de sangue e tortura.

Com avanço das ciências naturais, nos séculos XVIII e XIX, ganha força no direito e grande influência no direito penal a corrente jusnaturalista. Nela, há uma supremacia do direito natural em relação ao direito posto pelo Estado. Sobre a influência do jusnaturalismo no direito penal, Souza (2007, p.39) explica que:

O crime é [...] compreendido como uma modificação da natureza aferida por um nexó psicológico entre o agente e o fato. O livre-arbítrio humano, dessa forma, é considerado, sendo a sanção penal uma retribuição da culpa moral do agente demonstrada pelo delito. São expoentes deste pensamento, dentre outros, FEUERBACH, BIRBAUM e BELING, na Alemanha, e ROSSI, CARRARA e CARMIGNANI, na Itália.

Indo de encontro ao movimento jusnaturalista, o positivismo jurídico entende que o delito é um fenômeno social e a sanção penal uma forma de retribuição em face daquela conduta. Sobre essa questão, Souza (2007, p. 40) relata que: “O direito penal passa a ser aprendido como produto da sociedade, uma obra humana. A pena é então entendida como meio de defesa social, ou seja, promana sua função preventiva.” Um dos adeptos do positivismo jurídico foi Cesare Lombroso, que chegou a estigmatizar os criminosos em virtude dos seus aspectos físicos.

Com a chegada do século XX e as grandes guerras, o direito penal passou por um período de extrema radicalidade, principalmente na Alemanha, em virtude do Nazismo e, na Itália, devido ao regime fascista. Tratava-se de um direito penal a serviço do Estado, sob os preceitos ideológicos de Estado autoritário. Nesse sentido, escreveram Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 334):

O direito penal fascista caracterizou-se por atribuir ao direito penal a finalidade de proteger o Estado, estabelecer gravíssimas penas para os delitos políticos definidos subjetivamente, proteger o partido oficial e, além disso, amplo predomínio da prevenção geral mediante intimidação.

Após as duas grandes guerras, e como reação ao direito penal irracional e altamente arbitrário, surgiu novo pensamento denominado Finalismo, que modificou por completo a dogmática penal. Tal pensamento se apega à ação humana como ponto de partida para a

prática do crime. O finalismo proposto por HanzWelzelse estruturou, portanto, como resposta aos ditames de um direito penal arbitrário. O delito passa a ser visto como uma ação humana unguída de vontade, com consequências previsíveis para quem praticou a conduta. Como salienta Souza (2007, p. 43):

A ação é, assim, o elemento mais importante do crime. A ação humana, ostentadora de um conceito ontológico, é dotada de capacidade de previsão de seu resultado, demonstrando a responsabilidade do agir humano, que é teleológico. Ou seja, a ação humana consiste em uma estrutura lógico-objetiva fundamental (portanto, conceito pré-jurídico), que tem como característica a capacidade humana de previsão das consequências de seu agir.

Em seu livro de Direito Penal, Wezel (2003, p. 79) postulaque:

A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer “Finalista” e não somente causal. A finalidade ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento casual, poder preverem determinada escala as consequências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos. Sobre a base do seu conhecimento causal prévio está em condições de administrar os distintos atos de sua atividade, de tal forma que dirige o acontecer causal exterior até o objetivo, portanto, uma sobredeterminação de modo finalista.

Com a evolução da sociedade e os avanços das novas tecnologias, a teoria finalista vem apresentando dificultadeno sentido de dar respostas satisfatórias para o combate de novas criminalizações. Diante dessa nova realidade, e com intuito de criticar todo o sistema penal, surgiu a teoria funcionalista.Essa teoria pretende, dentro de uma mesma unidade, a interação entre a política criminal e o direito penal. O funcionalismo leva a uma discussão da função do direito penal. Para que serve o direito penal? Qual a finalidade do direito penal?

A resposta para tal indagação divide a teoria funcionalista. De um lado, representada por ClausRoxin, há a teoria funcionalista teleológica. Essa vertente entende que a função do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e das lesões relevantes a esses bens, propondo, portanto, um direito penal subsidiário, de intervenção mínima. Nesse sentido, leciona Roxin (2015, p. 34):

A finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Compreendo por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos. Isso vale tanto para os bens jurídicos individuais, como a vida, saúde, ou propriedade quanto aos bens jurídicos coletivos, tais como a organização do Estado ou Justiça. Afinal, uma convivência livre e pacífica pressupõe o funcionamento do aparato estatal e da justiça. Contudo a finalidade do direito penal deve sofrer limitação ulterior decorrente da exigência político-criminal segundo a qual apenas se pode ameaçar com pena aquelas lesões de bens jurídicos que não possam ser evitadas por meio de medidas menos incisivas. Ruídos perturbadores e estacionamento em lugares proibidos estorvam igualmente a

convivência humana. No entanto, bastam para a sua evitação as multas do direito penal sancionador, de caráter menor e sem conteúdo discriminatório do direito penal. Para a compensação de violações contratuais simples bastam as sanções do direito civil.

Já numa outra concepção sobre a função do direito penal, tem-se o funcionalismo sistêmico, representado pelo autor Jakob, que defende que são duas as funções do direito penal: a primeira é garantir a vigência da norma e a segunda assegurar o respeito às próprias normas, ou seja, a política da lei e da ordem. De acordo com essa vertente, um direito penal mais atuante deve visar não apenas a proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas deve ter também como finalidade a proteção mais incisiva da norma jurídica. Trata-se do direito penal do inimigo.

Apresentada essa breve retrospectiva acerca do percurso histórico do direito penal, é no campo de discussão de uma nova sociedade, que pode-se denominar de sociedade de risco, que será feita uma reflexão sobre os rumos do direito penal e as consequências da sua expansão.

O embate se trava entre as teorias expansionistas e as teorias minimalistas, tendo como pano de fundo a sociedade de risco.

A expressão “sociedade de risco” foi elaborada, como já afirmado anteriormente, pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em seu livro de mesmo título. Na obra, o autor revela o surgimento de nova sociedade que, em virtude da modernização e da produção de riqueza, também produziu o risco, que gerou um enorme sentimento de insegurança entre os indivíduos.

O avanço da tecnologia e a crescente produção industrial foram os motivos ensejadores do surgimento de uma sociedade embasada no risco. Esses fatores, amparados por uma produção científica, alimentavam o surgimento da referida sociedade. Nesse sentido, Bottini (2011, p. 35) argumenta que:

A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. Esse modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitiam a produção e a distribuição de insumos em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. A produção artesanal é substituída pela produção industrial, que atinge um número maior de consumidores e apresenta custos mais baixos, por meio da agregação de técnicas inovadoras.

O desenvolvimento econômico, as novas tecnologias e a corrida pelo aumento da produção e o consumismo levaram a uma mudança radical no comportamento da sociedade. Vivemos uma corrida contra o tempo, trabalhamos para consumir cada vez mais, surgindo assim novas relações sociais nesse cenário de disputa e individualismo. Colaborando com esse

entendimento, Salvador Netto (2006, p. 86), em seu livro “Tipicidade penal e sociedade de risco” afirma que:

A criação de novas tecnologias importa no estabelecimento de também novas relações sociais. O mundo atual é estruturado principalmente por riscos humanamente criados, diminuindo por completo quase que todos os espaços destinados às mágicas e, diante disso, redundando na assimilação pelo direito de todos os papéis de outorga valorativa de sentido, antes dividido com a ética ou a tradição. A violência militar (belicismo), a agressão ao meio ambiente, as fraudes gigantescas no cerne das corporações globalizadas não podem ser controladas pela tipificação estabelecida para os crimes de baixa complexidade.

Alicerçada nesses valores, tais como: disputa, individualismo, consumismo; essa sociedade de risco alimentou nas pessoas os sentimentos de insegurança e medo. Vivemos constantemente em alerta em virtude dos riscos que nós mesmos produzimos por meio de um modo de vida em que a competição e o individualismo se sobrepõem a uma relação de solidariedade. Nesse sentido, Fernandes (2001, p. 45) faz a seguinte observação:

Se vivemos em (sociedade do) risco, também se poderá dizer que vão-se assumindo os contornos de uma sociedade da insegurança: é precisamente esta que caracteriza o ser dos nossos tempos. A insaciável busca pela segurança afecta, ainda segundo VILLAMOR MAQUIERA, “o homem, a família, a sociedade, o Estado e o Direito...” Demanda-se segurança no trabalho, segurança no futuro, segurança do Estado, segurança do cidadão, segurança social, proteção civil, segurança nacional, seguros privados de toda a índole, segurança económica. Este apetite pela segurança chega até aos factos da vida quotidiana.

Esse sentimento de insegurança, motivado pelo aparecimento de novos riscos, cria ainda novas ameaças e uma disputa entre indivíduos, como bem destaca Ulrick Beck (2011, p. 57):

Nesse sentido, a sociedade de risco produz novas oposições de interesse e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça, sem porém que se saiba ainda quanta carga ela pode comportar. Na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando portanto as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco (em contraposição à sociedade de classes) desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global. Assim, amigo e inimigo, leste e oeste, em cima e embaixo, cidade e campo, preto e branco, sul e norte são todos submetidos, no limite, à pressão equalizante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Sociedade de risco não são sociedades de classes – mas isto ainda é pouco. Elas contêm em si uma dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das auto ameaças civilizacionais.

Dessa forma, o sentimento de insegurança arraigado na sociedade de risco traz novas ameaças e vai surgindo o clamor de segurança para todos os níveis de relações sociais. Sobre a institucionalização da insegurança, Silva Sánchez (2013, p. 37) ressalta que:

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização com uma sociedade de “objetiva” insegurança. Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: “Estão nos matando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo. Essa realidade faz tempo que os especialistas descartaram excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos-existentes e em princípios não neutralizáveis. O problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem.

Diante desse contexto, podemos vislumbrar que a insegurança, os riscos, as ameaças e a intranquilidade são características da sociedade de risco, sociedade que se consolidou com o intenso desenvolvimento econômico e o avanço da tecnologia. Nesse cenário, é necessário destacar a importância do direito penal como instrumento de controle social numa sociedade conturbada em virtude do aparecimento de novos riscos que, de certa forma, fomentam o surgimento de novas criminalizações. Esse diagnóstico é apresentado por Bottini (2011, p. 87) nos seguintes termos:

A consolidação da sociedade de riscos impacta a construção e a compreensão do direito penal. Este modelo de organização paradoxal, que necessita do risco para o desenvolvimento das relações econômicas e, ao mesmo tempo, refuta esse mesmo risco e busca mecanismos de inibição de sua produção, interfere na elaboração do discurso penal. A norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos e, por isso mesmo, sofre o paradoxo que incide sobre os demais mecanismos e contenção de atividades inovadoras. A dúvida sobre a medida e o grau da pena, sobre quais comportamentos arriscados realmente interessam ao direito penal, conflitos políticos subjacentes à atividade de gestão de riscos far-se-ão presentes em todas as etapas, de construção à aplicação dos tipos, da atividade legislativa ao labor interpretativo. A demanda pela expansão do direito penal sobre os novos riscos vem acompanhada de uma contra-argumentação de ordem econômica, que sugere a retração dos âmbitos de abrangências das normas criminais, sob pena de paralisação de todas as atividades produtivas. Mais uma vez vê-se o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal.

A partir dessas observações, percebe-se que a consolidação da sociedade de risco requer uma nova compreensão do direito penal no sentido de alcançar uma maior efetividade e legitimidade no momento em que ele é chamado a realizar um controle social em virtude das criminalizações oriundas dessa nova sociedade.

Nessa relação entre sociedade de risco e direito penal, Alves (2008, p. 4) esclarece que:

O debate sobre um direito penal edificado numa sociedade de risco formada com a globalização pode ser dividido, segundo Ripollés, em três grandes blocos: a) uma reflexão sobre a generalização de novos riscos na sociedade moderna derivados do

emprego de novas tecnologias (chamados de riscos artificiais); b) dificuldade de responsabilização pelos riscos a pessoas individuais ou coletivas devido à falta de controle sobre os riscos, não ficando claro quem está a produzir o risco; c) um generalizado sentimento de insegurança coletiva frente aos riscos, mediante a cobertura midiática dos sucessos ou perigos do avanço científico ou tecnológico. Para o penalista espanhol, o Estado vale-se de diversos mecanismos para controlar os riscos e amenizar os temores da coletividade, valendo-se, entre outros, da política criminal.

Dessa forma, necessária se faz uma discussão dos limites da atuação do direito penal dentro dessa nova sociedade. Os pilares da sociedade de risco – que são o risco, a tecnologia e a insegurança – confrontam com elevam a uma reflexão dos rumos do direito penal quanto a sua abrangência e eficácia no combate aos novos delitos, que surgem das dinâmicas dessa nova sociedade.

### **3.2 Aineficiência da dogmática clássica penal em virtude das novas criminalizações**

A sociedade está sempre em transformação, sofrendo mudanças em suas estruturas e no modo de viver das pessoas, todavia o direito não tem a rapidez necessária para acompanhar essas mudanças, principalmente o direito penal. Tal fato pôde ser observado no tópico acima, em que foi apresentado o percurso histórico do direito penal frente à sociedade. A cada século ou a cada década o direito penal tenta se reinventar para dar respaldo e controle à vida social sempre com o intuito de proteger as pessoas da prática do delito. Hoje, esse embate não é diferente.

Apartir da constatação de Ulrich Beck, de que vivemos numa sociedade de risco pós-industrial, o direito penal é chamado a atuar em novas frentes antes afeitas a outros ramos do direito, tais como, direito civil, direito administrativo. Essas novas demandas surgiram em virtude da globalização que deu origem a novos delitos que dificilmente a dogmática clássica penal teria possibilidade de atuação no seu enfrentamento.

Os delitos contra o sistema financeiro, organizações criminosas, crimes cibernéticos e crimes contra o meio ambiente desafiam os institutos penais clássicos, pois há ofensa a um bem jurídico não individual, mas difuso, repercutindo, muitas vezes, não apenas em um território, pois o delito pode ser transacional. Além disso, as vítimas poderão ser inúmeras, mesmo não tendo qualquer contato entre elas.

Assim, em face dessa complexidade, o direito penal clássico, e isso é consenso, seria pouco ou quase nada eficaz no controle social desses novos delitos. Escrevendo sobre a dificuldade da ciência penal nos novos rumos da sociedade Souza (2007, p. 47) afirma que:

De todo modo, a sociedade atual, multifacetada e do risco, enormemente complexa e evoluída, ostentadora de um modo de produção em série muito fragmentado e especializado, voltado a consumo em massa de escala global, não pode ser compreendida a partir de pressupostos de outrora, quiçá de uma teoria pessoal do injusto. Como reflexo desse atribulado quadro social constata-se um crime organizado de caráter transnacional, com enorme capacidade econômica e políticos, com amplíssima divisão de tarefas e modos de mascarar a origem espúria das vantagens ilícitas e, em contrapartida, um Estado com suas características institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas essencialmente forjadas nos séculos XVII e XVIII. O controle criminal de cunho estatal, isto é, o Direito Penal tradicional, da autoria individual, da vítima determinada e da materialidade delitiva facilmente identificável torna-se fugaz neste contexto. Os grupos criminosos altamente complexos e especializados dificilmente são alcançáveis por este aparato e, quando o são, a forma é parcial.

Diante desses novos dilemas de uma sociedade de risco afloram diversos questionamentos referentes à dogmática penal clássica. Será que o direito penal posto é eficaz na prevenção e repressão desses novos delitos que se apresentam neste começo do século? Sobre este questionamento, Dias (2001, p. 160) levanta outras dúvidas:

Aqui chegados, só um passo mais se torna necessário para justificar a necessidade de uma nova dogmática jurídico-penal. Na verdade, como poderão os “novos” ou “grandes” riscos- que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em actuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição das funções, de tarefas e de competências- ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objecto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto “actuais”), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima? Como poderão manter-se exigências – todavia postuladas por um princípio político-criminal da culpa isento de manobras dogmáticas manipuladoras – como as dos critérios de aferição da causalidade da imputação objectiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode manter-se a ideia – que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa – de que o delito doloso de acção constitui a forma “normal” e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos, exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das dificuldades – manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como atrás ficou assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trata-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?

Percebe-se que Dias nos apresenta diversas indagações quanto à sobrevivência de um direito penal clássico em relação ao expansionismo das criminalizações na sociedade contemporânea. Diante dessas dúvidas, surgiram no direito penal dois movimentos. De um lado, as teorias expansionistas, que defendem uma atuação mais rígida do direito penal no combate a esses novos delitos. De outro lado, há as teorias minimalistas, que entendem o contrário, ou seja, defendem um direito penal mínimo, um direito penal fundado nos preceitos *da ultimaratio*. Sobre as teorias expansionistas, Souza (2007, p. 62) aduz que:

As teorias expansionistas básicas defendem que somente com uma atuação firme, rígida e multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade. Assentados sobre a idéia de que o ramo jurídico-criminal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa, permitindo uma mais intensa observância de seus preceitos pelos atores sociais, em razão, principalmente de seu caráter estigmatizante, os defensores deste Direito Penal expandido divergem, todavia, com relação à forma por que deverá se dar sua atuação mais contundente.

Dentro da própria teoria expansionista há visões distintas quanto à atuação do direito penal em virtude desses novos delitos. Uma linha mais radical, conhecida como “Lei e Ordem”, defende uma política criminal exagerada e uma repressão mais contundente das práticas delituosas. Nesse campo, surge o Direito Penal do Inimigo, de Jakobs. Segundo Martín (2007, p. 85), as características dessa teoria são as seguintes:

Na realidade, o chamado Direito Penal do inimigo seria um direito distanciado dos fins próprios do Direito Penal, a saber, a reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida segundo a ideologia da atualmente denominada prevenção geral positiva, da prevenção geral da intimidação e da prevenção especial reabilitadora ou de reintegração social. Trata-se, na verdade, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste. O fim principal do Direito Penal do inimigo é a segurança cognitiva. Nele já não há a preocupação – como ocorre no Direito Penal geral – de conservação ou de manutenção da ordem, mas sim, de produzir no entorno social condições suportáveis capazes de eliminar todos aqueles que não ofereçam garantia cognitiva mínima necessária para que possam ser tratados como pessoas. O Direito Penal do inimigo é a disciplina jurídica da exclusão dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas e, conceitualmente, vislumbra uma guerra cujo alcance, limitado ou total, depende do que se possa temer em relação a eles.

Assim, o direito penal do inimigo trata o criminoso como uma não pessoa, como um inimigo, e o direito penal é o instrumento da guerra contra esse delinquente. Numa visão menos radical e mais conciliadora, mas dentro das teorias expansionistas, tem-se a proposta do jurista Silva Sánchez que não refuta o expansionismo penal, mas aponta uma nova forma de aplicação desse direito, a depender da gravidade do delito, sugerindo um direito penal de duas velocidades que será discutido mais à frente neste trabalho.

As teorias minimalistas, por sua vez, propõem um direito penal mínimo, cujo campo de atuação deve se limitar apenas à defesa de bens jurídicos mais importantes. O direito penal deverá ser a *ultimo ratio* no enfrentamento das questões sociais. Em relação a essa corrente teórica, Souza (2007, p.72) disserta:

As teorias minimalistas, as quais enxergam na vocação do Direito Penal a necessidade de uma atuação o menos incisiva possível e o mais próxima possível de uma intervenção mínima, de *ultima ratio*, costumam basear-se em estruturas de pensamento que indicam formas diferenciadas de se enxergar o sistema criminal e de se estabelecer a sua função de controle diante da sociedade.



Como acontece no expansionismo penal, as teorias minimalistas apresentam diferentes visões em relação à atuação do direito penal. A mais radical, proposta por Husmam, é a abolição do direito penal, ou seja, a negação desse direito no enfrentamento do delito. Não tão radical quanto os absolutistas, temos a proposta garantista, defendida Luigi Ferrajoli e Claus Roxin, que valoriza as garantias individuais, o princípio da legalidade, a ampla defesa e o contraditório.

Por fim, tem-se ainda a proposta apresentada por Hassemer que, em virtude dos novos delitos oriundos da sociedade de risco, propõe a criação de um novo direito, um direito sancionador eminentemente administrativo que atuará de forma mais eficaz do que o direito penal clássico.

Dentro desse embate sobre os rumos do direito penal e sua aplicabilidade, é consenso o ponto de vista de que o direito penal precisa se reinventar. A dogmática penal clássica não dá conta de solucionar os conflitos que surgem na sociedade de risco, tais como: o terrorismo, os crimes ambientais, o narcotráfico, as organizações criminosas, os crimes cibernéticos. O expansionismo penal é uma realidade, não obstante as críticas que recebe, principalmente dos autores adeptos das teorias minimalistas. Diante dessa realidade, cabe ao direito penal adaptar-se às novas demandas. Esse será o foco da discussão empreendida no próximo tópico deste trabalho, principalmente no que tange à criação de tipos penais de perigo abstrato e à interferência do direito administrativo na descrição dos referidos delitos.

### **3.3 A construção de novos tipos penais**

Na sociedade de risco, a expansão do direito penal é inevitável, pois não há como a ciência penal clássica realizar o enfrentamento dos novos delitos surgidos na referida sociedade e relacionados à globalização. O legislador, adaptando-se a essa nova realidade, vem incessantemente criando tipos penais que facilitam demasiadamente a punição, antecipando a sua consumação como a criação de crimes de perigo, ou seja, pune-se a conduta antes que ofenda o bem jurídico protegido.

Concomitantemente, o legislador estabelece também delitos considerados normas penais em branco, trazendo institutos do direito administrativo para a complementação do texto normativo, ficando a cargo, muitas vezes, da autoridade administrativa a consumação ou não do crime. Tal fenômeno acontece em virtude do fato de que o direito penal está adentrando em searas nunca antes exploradas pela ciência penal, aproximando-se de outros ramos do direito, tais como, direito civil e direito administrativo. Exemplo claro disso são os

delitos ambientais que são, em sua maioria, crimes de perigo e elevada acessoriedade administrativa. Dissertando sobre tal fenômeno, Figueiredo (2013, p. 156) explica que:

A construção de figuras dogmáticas excessivamente dependentes de disciplinas extrapenais, seguindo o modelo da normação penal em branco, deve-se à existência de uma extensa teia normativa e ao fato de o direito penal estar obrigado a intervir num domínio em que há atividades potencialmente perigosas para que o bem jurídico em questão, mas que são consentidas pelo modelo institucional em vigor. É o dizer: o modelo adotado pelo legislador penal é sempre resultado da colisão de interesses atrelados à manutenção de um ecossistema equilibrado, por um lado, e à necessidade de desenvolvimento econômico, por outro.

A partir dessas duas técnicas – a construção de tipos penais de perigo e utilização de institutos de direito administrativo na complementação do texto penal – o legislador manifesta sua preocupação em dar efetividade ao direito penal no sentido de combater condutas potencialmente perigosas que possam, de certa maneira, colocar em risco o bem jurídico protegido. Devido à sua importância para a nova dogmática penal, ambas as técnicas serão mais detalhadamente discutidas nos tópicos abaixo.

### *3.3.1 A intervenção do Direito Administrativo na tipificação penal*

Na elaboração de tipos penais, devido à expansão do direito penal na sociedade de risco, o legislador, com frequência, está se utilizando de institutos do direito administrativo no texto normativo. Com isso, o legislador também cria a chamada lei penal em branco. Assim, antes de discutir a acessoriedade administrativa, necessário se faz apresentar definição do que seria norma penal em branco.

O legislador, ao descrever condutas penais, estabelece que o texto penal deverá ser complementado por outra norma para a configuração da tipicidade, ou seja, o operador do direito, ao buscar o alcance da norma penal, deverá fazer uma conexão com outro texto normativo. A complementação do tipo penal pode ser uma outra lei penal, uma lei de outro ramo do direito ou até mesmo outros comandos normativos como decretos, resoluções.

Dissertando sobre as características da lei penal em branco, Mendonça (2016, p. 31) observa que:

A doutrina apresenta certos consensos: a) a lei penal em branco apresenta um preceito secundário completo e o primário incompleto; b) o preceito primário só definirá o fato proibido de forma taxativa se integrado a uma norma de complementação; c) a norma de complementação poderá ser uma lei formal federal, de natureza penal ou não penal, atos normativos de nível inferior, federal, estadual ou municipal, ou leis estaduais ou municipais.

A lei penal em branco pode ser dividida em homogênea ou heterogênea. Em relação à primeira, a complementação do tipo penal se dá com outra lei do mesmo nível, do mesmo status. Assim, segundo Mendonça (2016, p. 32),

A lei penal em branco homogênea tem como norma de complementação uma lei do mesmo status que a lei penal. Gomes e García-Pablos de Molina utilizam a designação lei penal em branco imprópria. Asseveram que são aquelas leis penais em branco cujo “complemento normativo é dado pelo legislador.” Bitencourt utiliza a expressão “norma penal em branco em sentido lato” “são aquelas cujo a complemento é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora.” Leis penais em branco homogêneas são aquelas complementadas por normas de mesma fonte e de natureza penais.

Com relação à norma penal em branco heterogênea, a complementação do tipo penal se dá com outra norma, conforme estabelece Mendonça (2016, p. 35), “de natureza e fonte distintas das leis penais. São normas administrativas federais, estaduais ou municipais, leis estaduais e municipais”, nas quais a acessoriedade administrativa é mais intensa. Assim, pode-se perceber que em muitos dos tipos penais, principalmente na defesa do meio ambiente, considerados normas penais em branco, o legislador estabelece uma conexão com o institutos do direito administrativo para a efetivação da tipicidade. Dessa forma, expressões tais como, “*de acordo com a regulamentação prevista*”, *de acordo com autoridade competente*” são exemplos típicos de normas penais em branco heterogêneas de cunho administrativista. Ribeiro e Coelho (2016, p. 149), discutindo a norma penal em branco heterogênea, argumentam que:

O grande problema surge quando se trata de leis penais em branco heterogêneas, na medida em que é feita remissão a complemento normativo de nível hierárquico inferior (portaria, decretos, regulamentos). Ora, não haveria burla da competência exclusiva do legislativo na elaboração de matéria penal? Também não se estaria imiscuindo a norma de incerteza, instabilidade e dificuldade interpretativa ao deixar para a Administração a possibilidade de mudança do seu conteúdo (BUSATO, 2013, p. 180-181). Diante disso, indaga-se sobre a provável inconstitucionalidade das leis penais em branco heterogêneas, com fulcro nos princípios constitucionais e nas garantias fundamentais oriundas de um Estado Democrático e de Direito.

Muitas críticas ecoam quanto à constitucionalidade das leis penais em branco, considerando-se a suposta ofensa ao princípio da legalidade, princípio este insculpido no texto constitucional de 1988. A inconstitucionalidade se apresentaria na lei penal em branco a partir do momento em que o princípio da reserva legal, que é uma das dimensões do princípio da legalidade, é relativizado. Quando um tipo penal exige a complementação heterogênea, ou seja, a tipicidade da conduta se completa com uma norma que não seja uma lei formal, por exemplo, um ato administrativo, há uma clara ofensa à reserva legal. Ainda mais se tal norma

é oriunda ou do Estado ou do Município, já que a Constituição Federal estabelece competência exclusiva para a União em definir crimes.

Enfrentando o tema, Mendonça (2016, p. 45) esclarece que:

A constitucionalidade das leis penais em branco dependem de seu confronto com o princípio da legalidade. Não que o princípio da anterioridade não apresente problemas em relação às leis penais em branco, todavia a discussão sobre a adequação constitucional centra-se nos princípios da reserva legal e determinação. A questão relativa ao princípio da reserva legal, consiste no espaço que as leis penais em branco heterogêneas podem ceder, se é que podem, às normas de complementação na tarefa de definir a conduta proibida. Essa questão inexistente nas leis penais em branco homogêneas. Somente a União tem competência para legislar em matéria penal. A única fonte primária do direito penal é a lei ordinária ou complementar federal. Somente a lei *stricto sensu* pode tratar de matéria penal porque é objeto de um processo legislativo que tem curso no Congresso Nacional composto por representantes dos mais diversos setores da sociedade civil. A lei penal assenta parte de sua legitimidade no fato de ser discutida e aprovada por um colegiado composto de representantes da sociedade a qual se destina. A lei penal não seria legítima se fosse dirigida àqueles que não tiveram a oportunidade de eleger os indivíduos que a discutiram. A lei penal em branco delega, no todo ou em parte, a definição da conduta proibida a normas formuladas por órgãos administrativos federais, estaduais ou municipais. A lei penal em branco também delega, no todo ou em parte, a definição da conduta proibida às leis estaduais ou municipais. Para avaliar a constitucionalidade das leis penais em branco, tendo em vista o princípio da reserva legal, devemos primeiro, identificar se a delegação à norma de complementação atende às finalidades político-criminais da lei penal em branco. Segundo, avaliaremos se há limites formais a serem impostos a esta delegação. A questão consiste em saber se a norma de complementação pode definir a integralidade da conduta proibida ou se há um limite.

Feitas essas considerações sobre a norma penal em branco, ressalta-se que nesse contexto está inserida a acessoriedade administrativa como ferramenta que o legislador utiliza para a criação de tipos penais, principalmente, como se pode observar na questão ambiental. Como foi observado acima, expressões, tais como, “de acordo com regulamento”, “em desacordo com a regulamentação”, “segundo autoridade competente” revelam uma grande dependência do direito administrativo para o entendimento do tipo penal.

Dissertando sobre o assunto, Prado (2005, p. 99) observa que:

Aliás, esse é o sistema de tutela adotado pelo legislador brasileiro, a exemplo do alemão, do austríaco e do espanhol. Vale dizer: a tutela penal é relativamente dependente da normativa de cunho administrativo. Isso significa que, na proteção do bem jurídico ambiente, a lesão à norma administrativa integra o tipo de injusto como um dos seus elementos. Esse modelo misto é preferível, visto que o que se entende merecedor de sanção penal não são as lesões contra o Direito Administrativo à margem de seus efeitos ecológicos, mas sim as ações com consequências, ao menos potencialmente, lesivas ao meio ambiente, ainda que seja necessário para constatar essa lesividade remeter-se à decisão administrativa que determina, com finalidade preventiva, as margens de atuação individual.

Críticos a essa técnica, muitos doutrinadores entendem que o direito penal deixa para a seara administrativa, para o administrador, a concretização do tipo penal. Nesse sentido, Silveira (2003, p. 138) afirma que:

Diversos fatores implicam, conforme a Escola de Frankfurt, a assertiva de não ser o Direito Penal instrumento adequado para esse tipo de problema. Inicialmente, verifica-se que é presente uma acessoriedade administrativa do meio ambiente (verwaltungsakzessoritat). A ciência penal não intervém autonomamente nesta seara, valendo-se, portanto, do amparo do Direito Administrativo, passando a ser instrumento auxiliar da Administração. A acessoriedade administrativa mostra-se, portanto, presente, v.g., naqueles casos em que se percebe uma proteção das decisões das autoridades administrativas por meio de sanções penais.

Outro problema que se apresenta é que o descumprimento desses tipos penais, segundo alguns doutrinadores, acarretaria apenas o ilícito de desobediência, o que mudaria o foco da proteção penal do meio ambiente para a proteção da função administrativa. Nesse sentido, Figueiredo (2008, p. 203) tece a seguinte crítica:

Contudo, sendo de longe preferível um direito penal ambiental só parcialmente dependente da Administração, fato é que esta opção esbarra em não poucos problemas dogmáticos. De um lado, muitos são os argumentos a demonstrar o quão falaciosas podem ser as tentativas de construção de um modelo de maioria das incriminações, pretensamente coerentes com uma concepção político-garantista do crime como lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico-penal só o são aparentemente: concretamente, grande parte dos ilícitos-típicos que compõem o núcleo do direito penal do meio ambiente se resumiriam a ilícitos de mera desobediência, em dissintonia com o princípio da ofensividade e voltados para a proteção, não de autênticos bens jurídicos, mas da própria função administrativa de proteção do ambiente enquanto instrumento político-institucional de governo e contenção das atividades poluentes: daqui derivariam o largo emprego de técnicas de criminalização de tipo sancionatório e a formação de sistema penal orientado a reprimir o inadimplemento de obrigações administrativas.

Assim, diante dessa realidade, o direito penal fica muito dependente do direito administrativo, trazendo insegurança jurídica no que tange à definição do delito. Tal crítica, de certa forma, prospera, pois podemos ficar à mercê do administrador em virtude, por exemplo, de uma portaria ou resolução para definição se aquela conduta é ou não crime. Crítico aos avanços de instrumentos do direito administrativo na tipificação penal, Hassemer (2007, p. 203) postula que:

No direito penal do meio ambiente e no direito penal econômico, torna-se visível em geral que os pressupostos tradicionais de imputação do direito penal podem ser absolutamente impeditivos a uma política criminal eficiente. Aqui se cuida, por exemplo, do fato de que a imputação individual, como ela é determinada na tradição do direito penal, pode obstaculizar o emprego de medidas penais (a propósito, isso foi de que determinadas áreas do Direito devem simplificar a sutileza de uma imputação). No mesmo contexto, pode-se aventar o aumento de limites penais máximos e mínimos como também as tendências que conduzem a uma difusão do

injusto (por meio da acessoriedade da Administração, somente os órgãos do executivo podem definir onde se inicia o limite mínimo do injusto penal). Tudo isso leva, finalmente, a uma perda dos pressupostos tradicionais da imputação, à qual o direito penal dificilmente sobreviverá sem danos.

Feitas essas observações e apesar das inúmeras críticas à construção de delitos ambientais através de delitos de perigo e, de certa forma, na dependência do direito administrativo, essa é uma realidade que não podemos ignorar. Pode-se até defender que esta não seja a maneira mais correta de elaborar uma tipificação penal, mas em virtude da realidade que se apresenta em uma sociedade de risco, na qual a insegurança prospera e as situações de risco aumentam, faz-se necessário uma atuação mais enérgica e eficiente do direito penal, logicamente, respeitando os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

### *3.3.2 A excessiva utilização de crimes de perigo abstrato*

Podemos entender que os crimes de perigo, ao contrário dos crimes de lesão à conduta, consumam-se com a simples exposição do bem jurídico ao risco. Não há, portanto, a necessidade de uma ofensa direta. O legislador elege algumas condutas que entende serem geradoras de risco e, pelo simples fato de o indivíduo praticar essas condutas, pratica delitos de perigo. Há, portanto, uma punição antecipada. A doutrina divide tais delitos em delitos de perigo abstrato e delitos de perigo concreto, sendo que o último exige a comprovação de que a conduta tem um real potencial de ofensa ao bem jurídico tutelado. Dissertando sobre o tema, Bottini (2011, p. 113) explica que:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.

Com a expansão do direito penal em virtude do surgimento da sociedade de risco, cada vez mais o legislador tenta antecipar a punição do infrator, elegendo diversas condutas que podem trazer um risco a bens jurídicos mercedores de tutela. Nesse sentido, Bottini (2011, p. 120) constata que:

A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade

contemporânea, o surgimento de novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos

Outro motivo ensejador da utilização dos crimes de perigo abstrato é que estamos tratando de crimes cujo bem jurídico é difuso, ou seja, cuja titularidade é de uma coletividade, configurando-seem verdadeiro direito penal metaindividual. Mais uma vez, com apoio nos ensinamentos de Bottini (2011, p. 123), constata-se que:

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é proteção cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito e dá lugar ao injusto de perigo abstrato.

O legislador não se cansou em utilizar crimes de perigo para tipificar certas condutas que entendeu geradoras de risco ao meio ambiente, conforme podemos ver pela Lei n. 9.605 de 1998. Em seu livro “Direito penal do ambiente”, Prado (2005, p. 135) argumenta que:

A doutrina majoritária tem consagrado, sobretudo para os tipos penais básicos – matéria ambiental –, a forma de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato, em detrimento do delito de lesão ou de resultado (material), mediante um rígido processo de tipificação que leve sempre em conta a relação entre o bem protegido e conduta perigosa. Em razão das peculiaridades que informam os bens jurídicos metaindividuais, especialmente o ambiente, acolhe-se o pensamento de que o perigo presente ou ínsito nos delitos de perigo abstrato refere-se não exatamente ao bem jurídico individual, mas sim ao próprio bem jurídico de natureza coletiva.

Todavia existem vozes contrárias a esse posicionamento, primeiramente pela ingerência do direito penal nessas novas criminalizações; em segundo lugar, porque a excessiva utilização de crimes de perigo fere o princípio geral da dogmática penal, denominado princípio da lesividade ou ofensividade, consagrado também pela nossa Constituição Federal. A primeira crítica encabeçada pela Escola de Frankfurt, tendo como maior expoente Winfried Hassemer, revela diversos motivos contrários ao expansionismo penal, que cria um Direito de Intervenção para essas novas criminalidades. Nesse cenário, Silveira (2003, p. 138) aduz que:

A proteção penal ambiental acaba por adentrar o perigoso campo da proteção desordenada de tipos penais, o que é atestado, e muito criticado, principalmente pela Escola de Frankfurt. Hassemer, com suporte em tais considerações, chega mesmo a afirmar pela contraproducência do Direito Penal aplicado à política ambiental, afirmando que “(...) quanto mais o Direito Penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o Direito Penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a

produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente (...)”.

A segunda crítica diz respeito à utilização de crimes de perigo, o que ofenderia o princípio da lesividade ou ofensividade, ficando esses tipos penais sobre a sombra da inconstitucionalidade, já que tal princípio está incorporado na Constituição Federal de 1988. Alertando para semelhante fato, Bottini (2011, p. 170) assevera que:

Por fim, deve ser destacada a posição doutrinária que pugna pela exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do ordenamento jurídico, devido à sua incompatibilidade com um modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do jus puniendi na proteção exclusiva de bens jurídicos e, conseqüentemente, na premissa da lesividade. A previsão de delitos sem resultado material, seja de perigo, seja de lesão, seria incompatível com um direito penal garantista, pois a incriminação da mera conduta implicaria a repressão de atos de desobediência, sem vínculo imediato com bens jurídicos, que não entrariam na esfera da ação ilícita. Para esta corrente doutrinária, tais tipos penais importam em presunção jures et de jure de resultado que afeta um direito penal fundado na responsabilidade pessoal e maculam o direito de defesa, ao não admitirem prova em contrário da ausência da lesividade.

Assim, a utilização de delito de perigo abstrato ofenderia princípios do direito penal inseridos na Constituição Federal, trazendo esses delitos à mancha da inconstitucionalidade. Nesse sentido, escreve Santos (2016, p. 25):

A ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional para aferição da legitimidade do ilícito-típico, exigido pela Constituição Federal de 1988. Entendemos ser a ofensividade no mesmo sentido proposto por Alexy em relação aos direitos fundamentais, uma norma de caráter duplo, devendo ela ser entendida como norma de princípio e norma de regra em um só tempo. Nessa perspectiva, por assumir a ofensividade a feição de um princípio, seus preceitos devem orientar todo o sistema jurídico-penal infranconstitucional, impondo, para que seja legítimo o crime, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado. Por assumir conjuntamente o caráter de norma de regra, a ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional impossível de sopesamento. Não é possível derogarmos a ofensividade ou abriremos espaços de exceção aos seus preceitos em prol de intenções político-criminais, cujas condutas criminalizadas não representam qualquer perigo de lesão ao bem jurídico.

Alheios a essas críticas, seja no que diz respeito à expansão do direito penal, seja da suposta inconstitucionalidade na criação de tipos penais de perigo, ou de normas penais em branco, os defensores dessa corrente postulam a necessidade e a urgência do direito penal dar uma resposta mais satisfatória no combate a tais delito. Tal argumento se dá com a finalidade de realizar uma política criminal mais satisfatória no contexto da sociedade de risco. Além disso, tal fato se mostra claro quando se trata de condutas que afetam o meio ambiente sendo este bem jurídico de suma importância para nossa coletividade.



### 3.4 O direito de intervenção proposto por Hassemer

Dentro de uma corrente minimalista no que tange à expansão do direito penal foi elaborada pelo penalista alemão Hassemer uma alternativa de enfrentamento dos novos delitos da contemporaneidade. Hassemer propõe a criação de um direito de intervenção para lidar com essas novas criminalizações, deixando o direito penal para a proteção dos bens jurídicos mais importantes.

Hassemer, oriundo da Escola de Frankfurt, escola esta que realiza diversas críticas à expansão do direito penal e também aos rumos que a dogmática penal vem tomando, condena de forma veemente a criação desses novos delitos, surgidos em face da globalização. Sobre a Escola de Frankfurt, escreve Oliveira (2013, p. 27):

A “Escola de Frankfurt” identifica-se, portanto, pelos seus elementos críticos ao Direito Penal atual, e pela tentativa de encontrar novas alternativas para o controle da criminalidade, com tendências abolicionistas mais ou menos radicais. São especialmente refratários à tutela penal da ordem econômica, como ressalta Souza, identificando o Direito Penal econômico como um aspecto do expansionismo penal das últimas décadas.

Hassemer é um crítico do expansionismo penal, pois entende que o direito penal clássico, ou seja, a estrutura da teoria do delito e suas garantias, não está preparado para as novas criminalizações. Não se pode combater, por exemplo, delitos econômicos, condutas que afetam o meio ambiente com a dogmática penal acostuada com autores e condutas bem definidas e com bens jurídicos individualizados. Sobre esse aspecto Oliveira (2013, p. 29) argumenta que:

Assumir uma postura de expansão (“modernização”) do Direito Penal, de prevenção de riscos e direcionamento social, e pretender que este mantenha as mesmas estruturas de garantia e segurança características do modelo tradicional. De igual forma, advogar a manutenção de um modelo clássico, mínimo e pleno de garantias significa enfrentar a possibilidade de excluir do Direito Penal de hoje a tutela de bens jurídicos coletivos, infrações tributárias, econômicas etc., e refletir sobre métodos menos graves (e quiçá menos eficientes) de repressão de condutas lesivas nessas áreas. E são especialmente as consequências de cada uma das opções que merecem atenção do legislador penal neste debate.

Na verdade, a crítica de Hassemer diz respeito a possibilidade de o direito penal clássico abraçar essas novas criminalizações. Segundo o penalista, não cabe ao direito penal entrar nessa seara, pois a dogmática penal não está preparada para tal enfrentamento. Nesse sentido, Souza (2007, p. 79) analisa que:

Aderindo a uma visão garantista, WINFRIED HASSEMER nega ao Direito Penal a possibilidade de se imiscuir para regular as questões ligadas à nova criminalidade

que se refere basicamente a temas como a tutela do meio ambiente, tráfico e o consumo de substâncias estupefacientes consideradas ilícitas por seu potencial de causar risco à saúde pública, os aspectos ligados ao mercado e à economia, os temas relativos ao meio de comunicação a armazenagem de dados em bases informáticas, o terrorismo e os atos atentatórios ao Estado, normalmente realizados de forma profissional e organizada. Mas esta postura do autor não significa que este esteja a defender a prática de tais condutas. Apenas está a se referir ao fato de que tais atuações ilícitas não podem se adequar aos padrões de normatização próprios do Direito Penal, uma vez que exijam uma tipificação que recorra, por exemplo aos esquemas próprios aos tipos de perigo abstrato, além de se referirem à proteção de bens jurídicos que se mostram vagamente configurados.

Para Hassemer, a política criminal que se constrói a partir do expansionismo penal leva ao desvirtuamento do direito penal. Em vez de ser um freio às investidas do Estado na liberdade do cidadão, o direito penal vira um braço direito, um instrumento do Estado no combate aos novos delitos da contemporaneidade. Mais uma vez, Oliveira (2013, p. 44) assim discute a questão:

O discurso político criminal contemporâneo é outro. Deixa de ver o Direito Penal como limite à intervenção arbitrária do Estado, e passa a considerá-lo aliado de uma sociedade temerosa dos riscos e ameaças tecnológicas e humanas. O medo do delito é novo paradigma de debate sobre a política pública criminal. Nesse sentido, Hassemer menciona que o Estado não é mais o Leviathan, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos humanos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito Penal.

Dentro desse panorama de expansão do direito penal, Hassemer, após apresentar severas críticas a esse expansionismo, propõe a criação de um novo ramo do direito: o Direito de Intervenção com características interdisciplinares para fazer frente a essas novas criminalizações, não tendo como sanção a pena privativa de liberdade. Quanto ao direito penal, este ficaria reservado às condutas que ofendam os bens jurídicos individuais mais importantes, ou seja, o direito penal seria realmente a *ultimaratio*. Segundo Oliveira (2013, p. 62), “o Direito de Intervenção, conforme Hassemer, não é um Direito Penal mais brando, ou mero Direito Administrativo. Representaria uma nova resposta qualitativa à criminalidade moderna que se apresenta hoje ao Direito Penal.”

Hassemer, em sua proposta, entende que cabe a esse Direito de Intervenção lidar com esses novos delitos surgidos dentro dessa sociedade de risco. Tal direito, mais eficiente e ágil que o direito penal, poderia atuar tanto preventivamente como repressivamente, mas não impondo sanções privativas de liberdade. Fora das garantias do direito penal clássico, o Direito de Intervenção poderia fazer frente aos novos delitos. Segundo Oliveira (2013, p. 63),

O Direito de Intervenção tem o objetivo principal de permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao núcleo duro, e assim possibilitar

que se mantenham princípios constitucionais penais fundamentais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito. Dessa maneira, seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, trazendo as novas condutas, características do desenvolvimento econômico contemporâneo, para esse “novo ramo”. Sob o ponto de vista do autor, essa alternativa teria ainda, como consequência, livrar o Direito Penal de um uso instrumental e aleatório, eminente simbólico. O autor preocupa-se em excluir da tutela do Direito Penal as condutas típicas que não se coadunem com os paradigmas “clássicos” (dentre os quais podemos indicar a reação a um dano ou grave ameaça de dano, a identidade do autor e individualidade do bem jurídico). Extirparia do conjunto de normas penais, assim, as condutas de perigo abstrato e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Assim, Hassemer entende que caberia ao Direito de Intervenção com todos os seus mecanismos lidar com essas novas condutas preservando o direito penal clássico para o chamado “núcleo duro”. Desse modo, no Direito de Intervenção caberiam sanções que não fossem privativas de liberdade, deixando as prisões para o direito penal clássico, mas tendo os direitos fundamentais e diversas garantias individuais não previstas no direito intervencionista.

Em relação à proposta teórica de Hassemer, sobre o Direito de Intervenção, surgiram diversas críticas. A principal delas é no sentido de que nessa teoria criou-se um direito penal de classe. Assim, para a marginalidade com pouco poder econômico, ou seja, para as pessoas de renda baixa que praticam os delitos mais comuns, caberia a pena privativa de liberdade. Agora para os autores de delitos sofisticados como organizações criminosas, delitos ambientais, delitos econômicos a sanção seria outra, que não o encarceramento. Dissertando sobre eventuais críticas sobre Direito de Intervenção, Oliveira (2013 p. 82) afirma o seguinte:

O Direito de Intervenção, nesse sentido, representaria uma volta ao Direito Penal de classes, só persistente para os clientes tradicionais do sistema penal, onde quem furta deve suportar pena de prisão, e quem pratica um delito econômico deve submeter-se as normas de intervenção (ou administrativas). Ou seja, “que direciona o Direito Penal ao delinquentes tradicionais, oriundo das camadas marginalizadas da população, enquanto o afasta das condutas perpetradas pelas classes dominantes e mais abastadas.

Assim, observa-se que Hassemer, com intuito de afastar o expansionismo do direito penal, cria o Direito de Intervenção com a finalidade de excluir a ciência penal dos novos delitos da sociedade de risco. Sob uma ótica diferente e com o escopo de adequar o direito penal a essa nova realidade, o penalista Silva Sanchez traz outra solução para a questão, nomeada como direito penal de duas velocidades, assunto a ser tratado no próximo tópico.

### 3.5 A solução intermediária e o direito penal de duas velocidades de Silva Sanchez

Com uma solução intermediária e dentro de uma corrente maximalista, o penalista Silva Sanchez elabora a teoria do direito penal de duas velocidades. Pioneiro na discussão da expansão do direito penal dentro dessa sociedade contemporânea, o autor em sua obra “A expansão do direito penal”, realiza uma discussão sobre o futuro do direito penal dentro de uma sociedade de risco. Uma discussão não apenas referente à dogmática penal, mas também de cunho sociológico. Dissertando sobre a obra de Silva Sanchez, Oliveira (2013, p. 76) observa:

A obra de Silva Sánchez, A expansão do direito penal, pode ser considerada paradigmática para o estudo da ciência penal contemporânea. Ela apresenta um recorte específico desse fenômeno, mediante uma abordagem mais propriamente sociológica, ao mesmo tempo em que nos oferece uma visão política acerca dos motivos da expansão e sua perspectiva de saída para os problemas criados por ela. Sua análise sistematiza os argumentos da sociedade de riscos, as dificuldades trazidas pela globalização para o enfrentamento da criminalidade organizada, e a situação de crise do Direito Penal diante das novas demandas que lhe se apresentam, em um retrato da sociedade contemporânea que é considerado pertinente ainda hoje, após mais de dez anos da publicação da obra.

Silva Sanchez nos convida, em sua obra, a refletir sobre a crise do direito penal dentro de uma sociedade de risco e de um mundo globalizado. Ao contrário de Hassemer, Silva Sanchez revela a necessidade da expansão do direito penal em face das novas demandas apresentadas pela sociedade. O autor argumenta que vivemos numa sociedade pós-industrial que tem como principais características: o risco, o avanço da tecnologia e o sentimento da insegurança por parte das pessoas. Assim, para um maior controle social o direito penal é chamado para dar resposta satisfatória as essas novas angústias criadas por essa nova sociedade. Nesse sentido, Silva Sánchez (2002, p. 41) escreve:

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia –, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, na angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”. Apenas como exemplo, vale aludir a demanda de criminalização em matéria de meio ambiental, econômica, de corrupção política, no âmbito sexual (especialmente nas hipóteses de abuso sexual ou pornografia infantil), ou da violência familiar etc.

A favor de um expansionismo do direito penal, Silva Sanchez não segue uma linha radical da corrente maximalista. Não defende uma postura radical do direito penal perante às

novas criminalizações como o movimento de lei e ordem. O autor, de certa forma, apresenta uma postura moderadora para as funções do direito penal. Sanchez acredita também que o direito penal posto, ou seja, o direito penal clássico, torna-se ineficiente no enfrentamento de novas demandas. Nesse sentido, Souza (2007, p. 65) ressalta que:

Pode-se ainda entender como uma doutrinalastreadora de um expansionismo penal, mas sem o irracionalismo dos movimentos “lei e ordem”, ou as características anteriormente referidas, a formulada por SILVA SÁNCHEZ e que pretende emprestar ao Direito Penal “duas velocidades” de atuação. Com efeito, ao propugnar uma manutenção dos esquemas clássicos, além das garantias fundamentais aos acusados, o autor desponta uma postura minimalista. Todavia, em nosso entender, afasta-se dos minimalistas na exata medida em que defende que a proteção dos novos bens jurídicos surgidos da complexidade social, esteada mais no risco que na efetiva lesividade das condutas, o autor culmina por dar lastro a uma posição que imprime ao Direito Penal características uma vez que, em sua posição, este campo jurídico passaria a criminalizar condutas que os minimalistas têm entendido como passíveis de uma proteção mais efetiva por outros sistemas, diversos do sistema penal.

A proposta de Silva Sánchez é estabelecer, pois, um direito penal com dois subsistemas e cada sistema é chamado de velocidade. O direito penal de primeira velocidade caberia aos delitos tradicionais, tais como: furto, roubo, homicídio, já comuns ao direito penal clássico. Assim, o autor de tais delitos teria todo aparato de garantias conquistadas desde o Iluminismo, conforme estabelecidas pela dogmática penal clássica. Assim, prevalecia nesse subsistema as orientações garantistas, tais como: princípio da legalidade, subsidiariedade, direito penal mínimo e, no campo processual, as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Já o direito penal de segunda velocidade teria como função o controle social das novas criminalizações oriundas da sociedade de risco e globalizada, tais como: crimes econômicos, fiscais, crimes ambientais, organizações criminosas e narcotráficos. Nesse sistema, o direito penal, no que diz respeito às garantias, seria mais flexível no intuito de dar mais celeridade e efetividade no combate a esses novos delitos. Considerando a relativização das garantias do cidadão no direito penal de segunda velocidade, esse sistema não estabeleceria ao delinquente uma sanção privativa de liberdade, mas sim restritiva de direito. Dissertando sobre a teoria de Silva Sanchez, Souza (2007, p. 66) revela que:

O autor pretende demonstrar, assim, a possibilidade de coexistirem espécies de subsistemas sancionatórios dentro do sistema penal. Daí porque fala em um Direito Penal de “duas velocidades” para se referir a dois diferentes subsistemas sancionatórios penais, cada qual com uma vocação específica e com um sistema de garantias próprio. Desse modo, para um sistema penal preparado para a imposição de sanções aptas a privar o autor do fato ilícito de sua liberdade, porquanto se trate de sanções mais gravosas ao patrimônio jurídico do cidadão, maiores garantias seriam previstas e observadas pelo sistema a fim de autorizar eventual e final cominação da sanção penal. Por outro lado, para um sistema de alcance penal preparado e pensado para atribuir sanções de cunho diverso que o tolhimento da

liberdade, porquanto se trate de sanções em certa medida mais brandas, poder-se-ia pensar em um procedimento para a imposição destas penas diversas da privativa de liberdade, com uma determinada relativização das clássicas garantias jurídicos-penais.

Assim, pode-se perceber que o penalista espanhol tenta apresentar uma solução conciliatória no sentido de não excluir o direito penal, conforme pretende Hassemer, do controle social das novas demandas apresentadas pela sociedade de risco. Sobre a proposta conciliatória, Silva Sánchez (2002, p. 145) em seu livro “Expansão do Direito Penal” ensina que:

O conflito entre um direito penal amplo e flexível (convertido em um indesejável soft law) e um Direito Penal mínimo rígido – certamente impossível – deve achar uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.) como também dos princípios político criminais (por exemplo, princípio da legalidade, o mandato de determinação ou princípio da culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão.

Dessa forma, Silva Sánchez apresenta uma solução que almeja adequar o direito penal clássico à nova realidade que é imposta pela sociedade de risco. Ao mesmo tempo que chama a dogmática penal clássica para atuar nos tradicionais delitos propõe uma flexibilização desse mesmo direito penal em face das criminalizações de risco. As soluções propostas por Hassemer e Silva Sanchez para um mesmo problema são distintas, sendo que a do penalista alemão é rechaçar, afastar o direito penal dessas novas demandas. Já Silva Sanchez, numa visão expansionista moderada, propõe uma nova roupagem para o direito penal, dependendo do enfrentamento que lhe é posto. Sobre essa diferenciação, Oliveira (2013, p. 79) relata que:

Ao contrário de Hassemer, contudo, que visualiza o Direito de Intervenção como ramo independente do sistema penal, Sánchez defende a manutenção das condutas do Direito Penal de segunda velocidade dentro do mesmo, ou seja, seguindo regras processuais penais, aplicadas por um juiz togado, e inclusive dentro da mesma estrutura física (sala de audiências, aparato policial, presença do Ministério Público), pois acredita que o potencial estigmatizante do processo penal, bem como a força comunicativa do sistema penal, funcionem melhor como estratégia de prevenção

geral. A definição de condutas dentro do Direito Penal teria condão de diminuir a tendência à administrativização dessa área, em um processo que Sánchez considera um dos grandes problemas político-criminais modernos.

Elaboradas essas premissas sobre as perspectivas da dogmática penal na proteção do meio ambiente dentro de uma sociedade de risco e refletindo sobre sua evolução, passando pelas teorias de Hassemer e Sánchez Silva, necessária agora se faz a apresentação de uma reflexão sobre Bem Jurídico, o percurso histórico de sua dogmática até a discussão referente aos bens jurídicos difusos, aí incluindo o patrimônio cultural na seara penal. Tal abordagem será feita no próximo capítulo.

#### **4BEM JURÍDICO PENAL NAS NOVAS CRIMINALIZAÇÕES**

Estabelecidas as premissas sobre a dogmática penal e as mudanças pelas quais passou na sociedade de risco, fica evidente que a expansão do direito penal é o caminho a ser trilhado e uma realidade que não se pode ignorar. Dentro desse contexto e para que a discussão e a reflexão sejam mais abrangentes, há que se falar dos efeitos que a expansão do direito penal sofreu no campo do bem jurídico penal. Como abordar e conceituar o bem jurídico penal em face das novas demandas enfrentadas pelo direito penal? Qual a sua função em virtude das novas criminalizações?

Para buscar respostas a essas indagações, é importante abordar a teoria do bem jurídico para que sirva como alicerce na discussão de novos bens jurídicos que se apresentam na sociedade de risco. Esses bens jurídicos não têm como parâmetros uma única pessoa, ou seja, não é individualizado, mas apresenta uma dimensão difusa, transindividual e coletiva.

Assim, este capítulo terá como objetivo traçar, de forma concisa, o percurso histórico do conceito de bem jurídico, tendo como ponto de partida a construção dogmática do direito penal a partir do Iluminismo até uma concepção constitucional do bem jurídico proposto por Roxin.

Superada essa fase, a discussão se volta para o conceito de bem jurídico de padrões difusos, em virtude da expansão do direito penal, não tendo mais como parâmetro o indivíduo de forma isolada, mas sim a coletividade. Trata-se de um bem jurídico transindividual, estando inserido nesse conceito o meio ambiente, incluindo aí, o patrimônio cultural.

Dessa forma, a teoria do bem jurídico em virtude da sua característica difusa enfrenta sérios problemas, pois, com a crescente expansão do direito penal, o legislador se viu obrigado a criar tipos penais mais condizentes e eficientes para combater os novos riscos da sociedade contemporânea.

Assim, como consequência das excessivas criações de delitos de perigo abstrato, bem como da utilização de delitos de transgressão com as normas penais em branco e do enfraquecimento dos princípios da lesividade e ofensividade, há uma diminuição da função do bem jurídico como limitador da intervenção Estatal nas condutas humanas.



#### 4.1 Conceito de bem jurídico e sua evolução

Discutir o conceito e a evolução da teoria do bem jurídico é realizar uma reflexão sobre as funções do direito penal. A teoria do delito está intrinsecamente ligada à conceituação do bem jurídico, ocorrendo variações no transcorrer da evolução da dogmática penal. Nesse sentido, Bozza (2015, p. 106) afirma que:

A teoria do bem jurídico tem por objetivo responder algumas perguntas simples (o que não quer dizer que as respostas também o sejam): pode o Estado incriminar uma conduta simplesmente porque não quer que ela seja realizadas? Há alguma barreira ao poder do legislador de incriminar condutas? É possível a privação da liberdade de uma pessoa por ter praticado condutas? É possível a privação da liberdade de uma pessoa por ter praticado condutas típicas como as de lenocínio (art. 227, CP), favorecimento à prostituição (art. 228, CP), rufianismo (art. 230, CP), escrito ou objeto obsceno (art. 234, CP), incesto (§ 173, StGB) e/ou de pornografia com animais (§ 184<sup>a</sup>, StGB)? Pode o legislador reconhecer como crimes ações cujo desvalor está mais próximo da moral do que do direito?

Todas essas perguntas formuladas pelo autor podem ser respondidas com base na teoria do bem jurídico de acordo com o momento histórico em que sua dogmática se apresenta. O marco inicial para a discussão da teoria do bem jurídico se dá a partir do movimento Iluminista no século XVIII. Nesse período é que se apresentam as primeiras linhas da dogmática penal no que tange à conceituação de delito.

Um dos pioneiros na conceituação de crime, na época, foi o alemão Feuerbach com sua teoria de direitos subjetivos. Para referido autor, crime seria qualquer conduta que ofendesse o direito subjetivo de outrem. Percebe-se que nessa noção de crime não está inserido qualquer conduta contrária a um bem jurídico, mas uma violação de um direito de terceiros.

A noção de bem jurídico foi inserida no conceito de crime pela primeira vez pelo jurista Johann Michael Birnbaum. Segundo Birnbaum, o conceito de crime não passa apenas pela ofensa a um direito subjetivo, mas também pela noção de bem jurídico. Sobre a noção de delito de Birnbaum, Corrêa da Luz (2013, p. 43) afirma o seguinte: “Birnbaum vai então afirmar que o delito deve ser entendido como toda lesão ou colocação em perigo de bens atribuíveis aos seres humanos, e não mais como simples lesão de direitos subjetivos.”

Assim, a inserção por Birnbaum do bem jurídico no conceito do delito amplia a possibilidade de incriminar um maior número de comportamentos humanos em comparação à teoria dos direitos subjetivos de Feuerbach.

Birnbaum, todavia, estabelece que os bens a serem protegidos pelo Estado não se originam da vontade do legislador, mas sim de um conceito pré-jurídico que atenda às necessidades vitais de um bom convívio das pessoas na sociedade. Muitos entendem que o surgimento do bem jurídico no conceito de crime vem limitar a intervenção estatal na criminalização de condutas. Pelo contrário, a teoria proposta por Birnbaum amplia as possibilidades de imputação de comportamentos não alcançados pela teoria dos direitos subjetivos, como esclarece Corrêa da Luz (2013, p. 45) na seguinte passagem:

Ao contrário do que se pensa, a teoria do bem jurídico não surgiu para limitar o exercício do *ius puniendi* estatal, mas sim esteve ligada à necessidade histórica da Restauração de explicar e legitimar a existência de incriminações (como é o caso das *Polizeivergehen* ou delitos relativos à religião ou à moralidade) que não se enquadravam na definição de delito como lesão de direitos subjetivos individuais. Assim, ao legitimar a possibilidade de punir lesões de bens derivados das necessidades da vida em sociedade, Birnbaum abriu espaço para a fundamentação daquilo que hoje chamamos de delitos contra bens coletivos (como os delitos contra a ordem pública, contra a saúde pública, contra a religião e os bons costumes, entre outros), impensáveis como lesão de direitos subjetivos. Em outras palavras, o aparecimento da noção de bem jurídico se deu justamente para justificar uma ampliação da imputação, dando suporte teórico a uma expansão da intervenção penal.

Com advento do positivismo a partir de meados do século XIX, a noção de bem jurídico como sendo uma questão pré-jurídica foi bastante criticada por Binding, que não compactuou com a concepção naturalista. Para Binding, a conceituação e eleição de qual bem deveria ter proteção caberia ao Estado por meio de uma escolha do legislador. Não é um conceito já predeterminado ou oriundo da natureza humana. Nesses termos, Corrêa da Luz (2013, p. 2013), novamente, pontua que:

Binding tratou de reformular o conceito naturalista de bem jurídico. Segundo modelo Bindinguiano, a tarefa das normas penais é garantir as condições da vida em comum, sendo que o legislador sempre busca criar ou manter tais condições. Assim, tudo aquilo que o Estado elegeu como digno de proteção contra lesões ou perigos concretos, sob ameaça de pena, deveria ser entendido, para Binding, como bem jurídico. Bastaria que fosse legalmente declarado que determinada situação requer proteção penal para que seu objeto se tornasse um bem. A criminalização de atos contra a vida, contra a liberdade sexual, contra o rei e o Estado: segundo Binding, todos eles se refeririam, sem exceção, à proteção de bens jurídicos. Visto a partir desse modelo positivista, o bem jurídico é tal por sua qualidade para a vida jurídica, e se conforma com base naquilo que o Estado entende como valioso para a comunidade.

De acordo com esse pensamento, o bem jurídico é fruto de construção jurídica e estatal, uma opção do legislador que, ao elaborar as normas, aponta o que é mais valioso para a proteção dos cidadãos. Nessa linha de raciocínio, Bozza (2015, p. 116) conclui que:

Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que para o legislador é valioso como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção, sem mudanças e não perturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, objetivando este protegê-lo por meio de suas normas frente às lesões ou exportações a perigo não desejadas. De acordo com este pensamento, bem jurídico é criado pelo próprio Direito. Não possui fundamentação que transcende ao jurídico. Trata-se de pura criação do legislador, razão pela qual sua ofensa consiste numa infração ao dever de obediência que as pessoas possuem em relação ao Estado. É uma postura positivista, pois o Estado e o Direito é que estabelecem o que é bem jurídico.

A partir desse entendimento, Binding cria uma dependência da atuação do poder estatal no sentido de valorar e escolher os bens jurídicos e, de certa forma, de utilizar o direito penal a favor dos interesses do Estado e não dos cidadãos. Crítico a essa posição, é o teórico Von Liszt, que, conforme Bozza (2015, p. 117):

A partir de seu positivismo sociológico, [...] afirma que não é o ordenamento jurídico que cria o interesse, mas sim que as necessidades da vida dão origem à proteção penal. Segundo o autor, o direito tem por finalidade proteger a vida humana. A força que produz direito é a proteção de interesses. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.

A teoria de Binding sofreu inúmeras críticas devido a seu positivismo exacerbado, que levou à modificação da ordem natural das coisas no sentido de que o direito penal ficou à mercê dos interesses estatais. Com início do século XX e o advento das duas grandes guerras que revelaram as atrocidades do nazismo e do fascismo, foi necessária a reformulação da dogmática penal para conter as arbitrariedades do Poder Estatal.

Nesse cenário, surgiu a teoria finalista de Hans Welzel, que modificou por completo toda a dogmática penal da época. Welzel desenvolveu sua teoria a partir da indagação sobre as funções do direito penal. O direito penal tinha uma missão que, segundo Wenzel (2003, p. 32), seria “[...] a proteção dos valores ético-sociais elementares do sentir (ação), e somente depois, incluindo nele, o amparo dos bens jurídicos individuais.” Ainda segundo Welzel (2003, p. 32), o “bem jurídico é um bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente.”

Percebe-se que a questão do bem jurídico na proposta de Welzel fica para segundo plano, sendo sua proteção consequência da não observação dos valores éticos da sociedade. Nesse sentido, Bozza (2015, p. 128) ressalta que a proposta de Welzel entendia:

[...] a proteção de bens jurídicos como missão do direito penal, importante lembrar que a tutela desses bens aparece somente como missão secundária, consequência

de sua principal função, a proteção de valores elementares da consciência do caráter ético-social. Afirma Welzel “que o conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção de bens jurídicos, mas sim a manutenção dos valores da atitude correta. A lógica é a seguinte: como toda a sua teoria tem como ponto central o valor ético-social da ação, o fato punível aparece como mera violação da norma, que representa os valores éticos da sociedade, razão pela qual, na definição do crime, o acento deve ser colocado no desvalor da ação. O Bem jurídico lesionado era consequência, que aparecia como desvalor do resultado da ação ilícita.

Outra teoria importante que deve ser registrada é aquela estabelecida por Claus Roxin, que enfatiza a função das constituições na seleção e elaboração de bens jurídicos. A classificação e o conceito de bens jurídicos se faz de forma negativa. Agora a pergunta que se levanta é qual bem jurídico não merece ser tutelado pelo Estado? Esse questionamento surge a partir do momento em que as relações sociais se tornam mais complexas e a presença do Estado na vida dos cidadãos se torna mais constante. Nesse sentido, escreve Corrêa da Luz (2013, p. 60) que:

Diante da dificuldade de determinar o rol de bens dignos de tutela penal, principalmente a partir do momento em que o Estado aumenta quantitativa e qualitativamente sua intervenção sobre as relações sociais, a teoria do bem jurídico passou, então, a apresentar cada vez mais, como um modelo de legitimidade negativa; isto é, em vez de determinar quais são os bens tuteláveis pelo Direito Penal, a teoria do bem jurídico passa a querer determinar quais os bens não podem ser protegidos via crime. Nesse sentido, foi Claus Roxin aquele que procurou, com maior rigor, determinar negativamente o conteúdo do conceito de delito, excluindo da noção de bem jurídico todos aqueles interesses de proteção que a ele não pertenceriam. Esse autor, que pode ser considerado como o representante do atual e mais desenvolvido estágio da teoria do bem jurídico, esforçou-se, portanto, para construir um método progressivo de minimização daquilo que poderia ser concebido como objeto digno de proteção penal.

Claus Roxin defende a intervenção mínima do direito penal nas relações sociais, o que reflete em sua conceituação de bens jurídicos, que devem ser somente aqueles bens mais importantes para a convivência harmônica entre as pessoas. Tais bens poderão ser extraídos nos fundamentos e princípios das constituições de cada Estado. Roxin faz parte de uma corrente doutrinária que conceitua o bem jurídico segundo os valores previsto na Constituição. Dissertando sobre o tema, Bozza (2015, p. 146) destaca que:

Como as teorias sociológicas do bem jurídico não apresentaram uma desejável força normativa para limitar o poder punitivo estatal, foram desenvolvidas as teorias constitucionais, que segundo seus defensores, ao apresentarem o bem jurídico como um valor previsto na Constituição, portanto, juridicamente anterior à lei penal, funcionariam como limite ao poder estatal. De acordo com estas propostas, o ponto de referência na definição de bens jurídicos é a ordem de valores constitucionais. Nesse contexto de ideias reconhece-se que existem duas ordens de valores no ordenamento jurídico: uma estaria determinada na

Constituição, outra, na legislação penal. A ordem de valores da legislação penal apenas coincidiria com o núcleo dos valores constitucionais (vida, liberdade, patrimônio), mas existiriam outros valores que não estariam previstos na Constituição. Mesmo nesses casos a Constituição fixaria a orientação básica do direito penal.

Nessa linha de raciocínio, na qual o bem jurídico a ser protegido é estabelecido pelos valores eleitos pela Constituição, Prado (2005, p. 106) observa que:

O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais para a incriminação ou não de condutas.

Outra corrente que aborda a problemática do bem jurídico é o funcionalismo proposto inicialmente pelo alemão Niklas Luhmann, que tem como seu expoente no direito penal Jakobs. A teoria funcionalista enxerga a sociedade como um sistema no qual as pessoas estão inseridas. Para manter o desenvolvimento e a estabilidade desse sistema, as pessoas deverão obedecer a um código moral. Para Bozza (2015, p. 138), o objeto de preocupação do funcionalismo é:

[...] o problema da manutenção da ordem social. Tal ordem é estabilizada desde que haja adesão dos indivíduos aos códigos morais que determinam as exceções de comportamentos. Por consequência, o que se quer é evitar o conflito do indivíduo com o todo, de manter a estabilidade do sistema reforçando os mecanismos de socialização necessários para que as pessoas se tornem úteis ao sistema, agindo conforme o único sistema de valores admitido. (BOZZA, 2015, p. 138).

Já no campo do direito penal, o funcionalismo defende que as normas geram expectativas de comportamento de cada indivíduo do sistema, trazendo assim ordem à sociedade. A prática do delito vem a frustrar essa expectativa, pois há violação dessa norma. Assim, para os funcionalistas, a função do direito penal não é a proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas a proteção da norma. Como afirma Corrêa da Luz (2013, p. 141): “o delito não viola um bem jurídico, mas sim uma relação jurídica”.

Nesse sentido, o bem jurídico, para os adeptos do funcionalismo, está vinculado à norma e ao direito penal e não tem como função primordial a proteção desses bens. Sobre essa visão, Bozza (2015, p. 139) esclarece que, para o funcionalismo, “o direito penal não serve à proteção integral de bens reconhecidos como bens jurídicos, mas sim à proteção de

bens contra determinadas agressões, e apenas como objeto passível de determinada agressão é que se transforma em bem jurídico”.

A partir dessas considerações sobre a noção de bem jurídico, pode-se perceber que, em virtude dos avanços e retrocessos sofridos em cada momento histórico, as teorias sobre bem jurídico sempre foram apresentadas ora como limitadores ora como orientadoras da intervenção do direito penal nas relações sociais. Estabelecidas essas premissas, discutir-se-á, no próximo tópico, como o patrimônio cultural, tema deste trabalho, pode ser considerado um bem jurídico objeto de proteção do direito penal.

#### **4.2 Opatrimônio cultural como bem jurídico penal**

A sociedade, como um fenômeno social, é mutável, passando por constantes transformações. O direito, muitas vezes, não consegue acompanhar o ritmo das mudanças sociais, muito menos, o direito penal. As relações sociais e as demandas de uma sociedade do século passado e de hoje são totalmente diferentes, devendo o direito, apesar da sua lenta capacidade de se modificar, regulamentar essa nova realidade que se apresenta.

Esse dilema também se apresenta ao direito penal. A sociedade de hoje, em virtude da globalização, vive um intenso avanço tecnológico em todas as áreas da ciência. As relações sociais se tornaram mais complexas, o consumo de produtos industrializados se intensificou, o intercâmbio de pessoas pelo mundo também aumentou. Diante dessa realidade, apareceram novos riscos, novos desafios a serem enfrentados pelo direito penal. Vive-se numa sociedade de risco, riscos criados em virtude do avanço da tecnologia e da mudança de vida das pessoas. Nesse sentido, Corrêa Luz (2013, p. 78)ressalta que:

Na medida em que a relação entre Estado e sociedade civil se complexificava sensivelmente, os indivíduos percebiam que as transformações sociais vigentes traziam consigo um grande potencial destrutivo, nunca antes verificável: o grande desenvolvimento produtivo do Welfare tinha por consequência uma intensa degradação ambiental; o aumento dos fluxos de crédito e a reestruturação do movimento do capital implicavam riscos de fortes crises financeiras; a busca por fontes de energia alternativa vieram acompanhadas de desastres como o de Chernobyl; o surgimento de uma sociedade de consumo trazia como desafio a superação de graves defeitos de produtos perigosos à vida e à saúde de milhares de pessoas. Esses exemplos mostravam que o desenvolvimento da técnica e das ciências aplicadas era, por um lado, capaz de fornecer um relevante incremento de bem-estar social, mas por outro, desse desenvolvimento decorriam novos problemas, novos riscos, que passaram a fazer parte da pauta da regulação estatal. Diante desse contexto, a sociedade contemporânea se tornava uma sociedade mais segura em relação a problemas tradicionais, mas insegura em relação a novos fenômenos.

Nesse quadro que se apresenta, em uma sociedade em que o risco é iminente, o direito penal é chamado a intervir nessas novas relações sociais. A partir desse momento, observa-se o fenômeno da expansão do direito penal. Referido ramo do direito passa a adentrar em searas antes afeitas ao direito civil, ao direito administrativo. Trata-se de um desafio, pois o direito penal ainda convive com uma dogmática clássica não acostumada com o enfrentamento de condutas em que o risco é iminente, as consequências ultrapassam fronteiras, as vítimas são inúmeras e cujo *modus operandi* é complexo. A respeito dessa problemática, Corrêa da Luz (2013, p. 79) alerta que:

Esse modelo de sociedade em que hoje vivemos funcionaria, portanto, de tal forma que ao Direito Penal atribuem-se crescentemente novas tarefas. Nas últimas décadas, o sistema jurídico-penal parece assumir novas funções, nunca antes a ele alocadas. Novo objetos de regulação, como por exemplo, aqueles vinculados aos problemas de consumo de drogas, às questões ambientais, à estruturação e ao bom funcionamento da economia e ao combate da chamada criminalidade organizada deixaram de ser problemas estritamente administrativos ou civis, passando a compor o campo de regulação propriamente penal. Nesse contexto, esse setor do Direito estaria deixando de ser apenas um instrumento de reação contra violações a bens de titularidade do indivíduo, tornando-se cada vez mais, um sistema de gestão e de alocação de grandes riscos.

Assim, diante dessa realidade e com a expansão do direito penal, surgem os bens jurídicos de caráter transindividual, bens jurídicos difusos, que têm como titularidade não apenas um indivíduo, mas uma coletividade. Com as novas criminalizações, tais como: delitos ambientais, econômicos, a questão das organizações criminosas e o consumo e tráfico de drogas, fica totalmente inconcebível discutir bem jurídico de forma individual, pois a titularidade do bem jurídico desses crimes é difusa, pertencendo a número indeterminado de pessoas. Desse modo, é importante frisar a nova função do direito penal em face da proteção de bens supraindividuais nessa sociedade de risco. Não se trata de abandonar a dogmática clássica do direito penal, mas é necessário enfrentar a nova realidade em virtude das demandas apresentadas pela sociedade. Nesse sentido, escrevem Andrade e Ferreira (2016, p. 54):

Diante do panorama da caótica sociedade de risco e seus cursos causais incertos, vez que a regência social fica por conta do medo, da ansiedade, da insegurança sentida e, claro, uma sociedade de sujeitos passivos, onde todos são vítimas em potencial de um desastre – ecológico, nuclear, bélico etc. – ocasionado pelo incremento de tecnologias, busca-se encontrar o real papel a ser desempenhado pelo Direito Penal em face desse quadro. Atento a essa transformação social, o direito é convocado a atuar, devendo oferecer resposta aos danos presentes e evitar lesões futuras e incertas, pois resta consignado pelos diversos ramos científicos que uma possível lesão ao bem jurídico transindividual – principalmente ao ambiente – pode ser fatal e irreversível. Com vistas ao enfrentamento das

transformações sociais, incumbe ao Direito Penal modernizar-se diferentemente de expandir-se sem suas frenagens tradicionais –, revistando seus institutos e projetando novos fins à pena, sem que isso implique exceção a seus princípios de garantia, a fim de alcançar a efetiva (e não meramente simbólica) proteção de bens jurídicos ancorados na Constituição, especialmente daqueles bens de caráter transindividual.

Os bens transindividuais são fruto dessa nova sociedade que se apresenta e do expansionismo penal. Corroborando esse raciocínio, Corrêa da Luz(2013, p. 143) analisa que:

[...] a sociedade da segunda metade do século XX, se diferenciou e se complexificou de tal forma que pela qual a sociedade civil os apreendeu mudou significativamente. A crise financeira de 1929, duas guerras mundiais, a Guerra Fria, dois choques do petróleo na década de 1970, a consolidação de uma sociedade de consumo de massa, o aumento da consciência ambiental, a diminuição das fronteiras com a internacionalização do fluxo de pessoas, a flexibilização do fordismo e o advento de um padrão toyotista de produção: esses são apenas alguns dos fenômenos que impulsionaram uma sensível metamorfose das relações entre Estado e sociedade civil. Esse contexto passou a exigir das autoridades públicas um intervencionismo sensivelmente maior. Nesse movimento da década de 80, o Direito Penal foi chamado a regular um número cada vez maior de situações. Jakobs afirma que, nesse período, o que se passou a perceber foi um decréscimo da confiança de que ajustariam por vias naturais, por meio da autorregulação do mercado ou de uma simples composição civil. Por conta disso é que o Estado teria passado a assumir a administração de tais pressupostos. O reflexo disso na seara penal seria, como vimos, o surgimento dos chamados “bens jurídicos supraindividuais “como o meio ambiente, a confiança no sistema financeiro etc.

Sobre o surgimento dos bens jurídicos transindividuais, Prado (2005, p. 119) afirma que eles se originaram a partir da mudança do Estado Liberal para um Estado Social, no qual novas demandas foram apresentadas pela sociedade. Segundo o autor,

O processo evolutivo do Estado Liberal para o Estado Social e a afirmação deste último, engendra a assunção de novos deveres (v.g., assistência e promoção), novos encaminhamentos, tal como a salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se protejam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem como bens jurídicos relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, frutos em grande parte da sociedade pós-industrial, na qual novos riscos são criados ou incrementados pelos processos de alta tecnologia. Esse perfil assumido pela sociedade atual, em que o risco é visto como algo que é imane, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade da intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas e complexas situações de perigo. A essa categoria de bens jurídicos, chamados metaindividuais, a doutrina tem apresentado as mais diversas denominações, conceitos e classificações. São elas uma realidade inegável, ainda que de difícil identificação e com conteúdo muitas das vezes ambíguo, e que bem por isso escapam a uma definição exata. Denominados genericamente como bens jurídicos universais, macrosociais, supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais, apresentam inúmeras características que



permitem conceituá-los ou classificá-los conforme sua predominância ou a perspectiva com que são vistos ou analisados.

Não há como ignorar essa nova função direito penal, ao menos que seja adotada a ideia de Hassemer de excluir o direito penal dessa realidade. Sobre esse dilema, Figueiredo (2013, p. 98) faz as seguintes ponderações:

O direito penal moderno só é idôneo para a tutela subsidiária de bens jurídicos-penais. Todavia, sendo isso tido por certo, não menos certo é que, por trás dessa afirmação essencial, existe um grande número de questões que têm despertado enorme controvérsia (ou até mesmo antagonismo). Daí toda a polémica suscitada à volta do papel a desempenhar pela política criminal na contenção de novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico, em confronto com a função de exclusiva proteção de bens jurídicos: urge, segundo uns, que o direito criminal abandone aquela perspectiva liberal, que defendia a intervenção penal somente para a tutela de bens jurídicos clássicos (como a vida ou patrimônio), e tome como tarefa a sua tutela de interesses vagos, difusos, verdadeiros bens jurídicos universais, supraindividuais (entre os quais, vale mencionar, está o ambiente), noutro sentido posicionam-se aqueles autores que, apegados aos valores do direito penal clássico e à concepção liberal de Estado à qual aquele se remete, defendem a necessidade de qualquer programa político-criminal continuar ainda restrito ao seu âmbito clássico de tutela, quando se quer que o bem jurídico continue a cumprir com sua função de padrão crítico e legitimador da intervenção punitiva.

Divergências à parte, é inquestionável que a expansão do direito penal é uma realidade e que, cada vez mais, o legislador elabora tipificações cujo bem jurídico penal tem um caráter difuso. Na legislação brasileira o conceito de interesse ou bem difuso é apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 1990, ao tratar da defesa do consumidor, em juízo, referida lei estabelece que:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.  
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
I - 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;  
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;  
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.(BRASIL, 1990).

É importante esclarecer que tanto bens jurídicostransindividuais ede interesse difuso, apesar de apresentarem nomenclaturas diferentes, levam ao mesmo caminho, ou seja, tratam-se de bens ou interesses de titularidade que ultrapassa a individualidade. Sob esses conceitos, Andrade e Ferreira (2016, p. 39) esclarecem que:

Sob o aspecto processual não se fala – em verdade, não se falava – sobre bens jurídicos transindividuais, mas sim de interesses difusos. Essa é uma diferença terminológica entre o Direito Penal que adota uma concepção de bem jurídico, enquanto o Direito Processual Civil utiliza a nomenclatura de interesse que é obviamente muito mais extensa – o que não deslegitima a ideia introduzida no Brasil – no sentido de selecionar o que seria algo que transcende o homem singularmente sob o aspecto jurídico e sua necessidade de proteção.

Pode-se perceber que a titularidade do bem jurídico difuso é dispersa, sendo que as vítimas são ligadas por uma situação de fato e não jurídica. Nesse sentido, Nery Júnior e Nery (2012, p.339) afirmam que os direitos difusos

São direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo: o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de publicidade não enganosa e não abusiva.

Dissertando sobre as características do bem jurídico difuso no Código de Defesa do Consumidor, Mourão (2009, p. 76) estabelece três premissas:

Segundo previsão legal, o direito difuso pode ser definido pelas seguintes propriedades: a) Transindividualidade: a transindividualidade ocorre quando o direito transcende o indivíduo ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual. b) Indivisibilidade: não há como cindir o direito difuso, por conta da sua natureza indivisível. A todos nós pertence e, ao mesmo tempo, ninguém em específico possui. c) Titularidade indeterminada e interligada por circunstância de fato: os interesses ou direitos difusos possuem titulares indeterminados.

Assim, conforme escrevem Andrade e Ferreira (2016, p. 41), “os bens jurídicos de natureza difusa e/ou transindividual possuem uma tutela que transcende o indivíduo e uma coletividade – e as relações jurídicas de base que os agregam –, abarcando a todos, inclusive as futuras gerações.” O meio ambiente, aí inserido o patrimônio cultural, é importante bem jurídico difuso, pois a partir de uma conduta que ofenda o meio ambiente e que tenha uma lesividade, esta pode atingir um número indeterminado de pessoas (poluição de um rio, desmatamento de uma floresta, destruição de um acervo cultural) sendo que o bem jurídico protegido é difuso e indivisível. Prado (2005, p. 78), discutindo essa questão, pontua que:

Apresenta-se desse modo, o ambiente como um bem jurídico de natureza metaindividual ou macrossocial, de cunho difuso, que se direciona ao coletivo ou social, apresentando-se de modo informal em certos setores sociais, com sujeitos indeterminados e cuja lesão tem natureza extensiva ou disseminada. Admite como titulares vários indivíduos que formam um grupo social e têm por objeto um bem

coletivo indivisível. Sua principal característica radica na descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda categoria de indivíduos, unificados por possuírem um denominador fático qualquer comum.

Abordando a questão dos bens jurídicos difusos, mais uma vez, oportunas são as seguintes reflexões de Prado (2005, p.78):

Essa categoria de bens jurídicos, denominados genericamente como bens jurídicos universais, macrossociais, supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais, apresenta inúmeras características, que permitem conceituá-los ou classificá-los conforme sua predominância ou perspectiva com que são vistos ou analisados. Tendo-se como ponto de partida o critério da titularidade, julgado aqui suficiente para um exame didático da matéria, os bens jurídicos podem ser individuais ou supraindividuais. Dos primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal. Já os segundos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade –; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Esses bens jurídicos, próprios do Estado Social de Direito, são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada.

Trazendo o patrimônio cultural para o âmbito dessa discussão, pode-se dizer que se trata ele também de bem jurídico difuso. Assim, o acervo cultural de uma sociedade pertence a todos, é indivisível e o direito a sua proteção e fruição pertence à coletividade.

## **5A RESPOSTA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DAS CONDUTAS LESIVAS AO PATRIMÔNIO CULTURAL**

No capítulo anterior, foram apresentadas algumas considerações iniciais referentes ao patrimônio cultural, como sua conceituação, percurso histórico de sua proteção e seu reconhecimento como direito fundamental previsto na Carta Magna de 1988. Foram também feitas reflexões sobre a função do direito penal e sua expansão em face de uma sociedade de risco e a repercussão que isso traz para a nova dogmática penal. Com base nesse cenário, o presente capítulo tem como escopo apresentar como o direito penal pátrio protege o patrimônio cultural de condutas lesivas a esse bem jurídico protegido.

Serão elencados vários tipos penais referentes à proteção do patrimônio cultural. A análise desses delitos será feita de forma breve, não aprofundando no tema, pois isso desvirtuaria do objetivo desta dissertação. Após a apresentação desses crimes, passar-se-á a discutir a chamada justiça negocial, que cuida institutos despenalizadores como forma da reparação do dano ao patrimônio cultural, com o fulcro de evitar o encarceramento dos autores, trazendo mais efetividade ao direito penal. Na seara da justiça negocial, cresce também uma doutrina denominada Justiça Restaurativa, muito apropriada no caso em que se busca a restauração do *status quo*, evitando uma sentença que leve o autor a uma condenação a pena privativa de liberdade.

Nos delitos contra o patrimônio cultural muito mais importante é a restauração do acervo cultural do que a prisão do autor, sendo este o objetivo da justiça restaurativa.

Por fim, será realizada uma reflexão sobre o patrimônio cultural e o direito penal e suas repercussões na dogmática penal, bem como serão discutidas as questões atinentes à responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais e a aplicação do princípio da insignificância nas condutas lesivas ao patrimônio cultural.

### **5.1 A criminalização ambiental em face da Lei n. 9.605/98**

A criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente natural, cultural ou artificial foi um dos desejos do legislador constituinte ao estabelecer sanções penais aos autores cujas ações ofendem o meio ambiente. Nesse sentido, a Constituição Federal determinou o direito penal como um dos ramos do direito para a proteção ao meio ambiente. Tal fato fica evidente com a leitura da norma constitucional, senão vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, com objetivo de regulamentar o art. 225, § 3º, da Constituição Federal o legislador infranconstitucional elaborou a Lei n. 9.605 de 1998, que estabelece sanções criminais a condutas lesivas ao meio ambiente, incluindo o espaço urbano e o meio ambiente cultural. O legislador optou por introduzir tipos penais em uma lei especial não inseridos no Código Penal. Tal medida é alvo de críticas, pois vai na contramão das legislações europeias. Sobre essa opção do legislador, Prado (2005, p. 86) faz importante observação:

A moderna tendência doutrinária e legislativa sugere, corretamente, como alternativa preferível a da integração dos tipos penais do ambiente no Código Penal, como bens jurídicos autônomos. Nessa linha, tem-se um modelo ou forma de sistematização legislativa denominada critério unitário. Por este, a legislação penal é reunida (pelo menos a básica) e integrada, de preferência, no Código Penal, de modo separado e autônomo, em título ou capítulo próprio. É por exemplo, o tratamento dado pelo Código Penal alemão, com alteração dada pela lei da Umvelkriminalitat, de 28.3.80, e pelo Código Penal espanhol, de 1995.

No Brasil, em matéria de direito penal ambiental, a referência em relação à tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente é a Lei n. 9.605 de 1998. Essa legislação especial traz em seu bojo normas referentes a sanção e tipos penais que ofendem a fauna, flora, ordenamento urbano e patrimônio cultural. Como salienta Milaré (2011, p. 1305),

Publicada em 13 de fevereiro de 1988, com dez vetos e após quarenta e cinco dias de vacância, entrou em vigor, em 30 de março, a lei nº 9605/1998, que cumpriu ao mesmo tempo duas missões: deu efetividade ao ideário constitucional de apenar as condutas lesivas ao meio ambiente e atendeu a recomendações insertas na Carta da Terra e na Agenda 21, aprovadas na Conferência do Rio de Janeiro, exortando os Estados a formularem leis direcionadas à efetiva responsabilidade por danos ao ambiente e para a compensação às vítimas da poluição. Embora denominada Lei de Crimes Ambientais, trata-se na verdade de instrumento normativo de natureza híbrida, já que se preocupou também com infrações administrativas e com aspectos da cooperação internacional para a preservação do ambiente

De técnica legislativa que revela um texto confuso e duvidoso e, de certa forma, inconstitucional a lei de crimes ambientais recebeu severas críticas dos operadores do direito. Nesse sentido, Reale Júnior (1998, p. 3), em artigo para o jornal Folha de São Paulo, argumenta que:

[...] com expectativa comecei a ler a lei de Crimes Ambientais, de vez que relatei a matéria na elaboração do anteprojeto de parte especial do Código Penal, em 1984. A decepção surgiu de pronto e se transformou, ao final, em intensa indignação diante dos gravíssimos erros de técnica legislativa que se somam a absurdos de conteúdo, reveladores da ausência de um mínimo de bom senso [...]. A defesa imprescindível do meio ambiente não autoriza que se elabore e que o Congresso aprove lei penal ditatorial, seja por transformar comportamentos irrelevantes em crime, alçando, por exemplo, à condição de delito o dano culposos, seja fazendo descrição ininteligível de condutas, seja considerando crime infrações nitidamente de caráter apenas administrativo o que gera a mais profunda insegurança.

Realizando uma leitura do texto da lei de crimes ambientais, é de se enfatizar que o legislador, na ânsia de proteger o meio ambiente, exagerou na utilização de delitos de perigo, além de incorrer em excessiva administratização do direito penal no momento em que redigiu os tipos penais, trazendo certa insegurança jurídica. Adepto à insatisfação quando da redação dos crimes ambientais, Prado (2005, p. 91) assevera que:

As leis penais ambientais, mormente no Brasil, são em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores técnico-científicos – que regem o Direito Penal moderno.

Várias são as críticas à Lei n. 9605 de 1998, principalmente no que tange à redação dos tipos penais, a sua imprecisão, exageros e desproporcionalidade em algumas sanções penais. Todavia referida legislação não deixa de representar, de certa forma, um avanço na seara penal no combate às condutas lesivas ao meio ambiente. Em relação a esse aspecto, Milaré (2011, p. 1306) entende que:

Nada obstante, entendemos que o referido diploma, embora não seja o melhor possível, apresentando, ao contrário defeitos perfeitamente evitáveis, ainda assim representa um avanço político na proteção do meio ambiente, por inaugurar uma sistematização da punição administrativa com severas sanções e por tipificar organicamente os crimes ecológicos, inclusive na modalidade culposa. O maior avanço, porém fica por conta da expressa previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, objeto permanente de acaloradas discussões doutrinárias, mas que vem encontrando eco em nossos tribunais. Não se pode esquecer jamais que a lei é farol que ilumina e aponta os horizontes; não é barreira para apenas impedir a caminhada. Toda lei tem defeitos, que se tornam mais evidentes quando passa ela a ser aplicada. Cumpra aos tribunais aparar-lhe as arestas, criando jurisprudência que consolide as interpretações mais razoáveis.

Em relação ao meio ambiente cultural, a Lei n. 9.605 de 1998 reservou uma seção própria para a apresentação de quatro tipos penais que representam os crimes contra o

Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural que visam a proteção do acervo cultural. Nessa linha de raciocínio, Prado (2005, p. 492) analisa que: “Trata-se de proteger a identidade cultural de determinada comunidade ou nação, que no plano material se retrata no acesso de seus membros à cultura e ao desenvolvimento de sua personalidade, respeitados os limites inerentes à matéria penal.”

## 5.2 Dos delitos contra o patrimônio cultural

O primeiro tipo penal na defesa do patrimônio cultural está previsto no art. 62 da lei n. 9.605 de 1998 com a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1998).

Trata-se de delito que tem como conduta a destruição, inutilização ou deterioração de bens elencados nos incisos do referido artigo. O tipo penal é uma norma penal em branco, na qual há a necessidade de outra norma ou até mesmo uma decisão judicial para a complementação do delito. A lei de crimes ambientais utiliza demasiadamente desse recurso na elaboração dos tipos penais. Estabelece uma norma em branco que exige que o intérprete a reporte a uma norma, ato do direito administrativo.

Sobre a dependência da tutela penal à norma administrativa, Prado (2005, p. 99) revela que:

[...] esse é o sistema de tutela adotado pelo legislador brasileiro, a exemplo do alemão, do austríaco e do espanhol. Vale dizer: a tutela penal é relativamente dependente da normativa de cunho administrativo. Isso significa que a proteção do bem jurídico ambiente, a lesão à norma administrativa integra o tipo de injusto como um de seus elementos.

Nesse tipo penal não é diferente, o autor, para praticar o delito, deve exercer ação dirigida a um imóvel protegido por lei, ato administrativo ou até mesmo por uma decisão judicial. Logicamente o presente imóvel tem um valor cultural. Comentando o objeto material desse delito, Gomes e Maciel (2015, p. 258) afirmam que trata-se ele de:

[...] bem especialmente protegido por lei, decisão judicial ou ato administrativo. A lei pode ser federal, estadual ou municipal, já que os arts. 24, VII e VIII e 30, IX da CF dispõem ser atribuição da União, Estados e Municípios proteger o patrimônio cultural brasileiro; da mesma forma, a decisão judicial pode ser de qualquer instância do Poder Judiciário (ex., decisão proferida em ação civil pública); o ato administrativo é o tombamento, que também pode ser feito por órgãos federal, estadual ou municipal. São exemplos de bens tombados, as casas de valor histórico ou arquitetônico situadas nas cidades de Parati (RJ), Ouro Preto (MG) e Alcântara (MA).

Nesses termos, tem que estar inserido no dolo da ação praticada pelo autor que a destruição, a inutilização e/ou a deterioração é de um imóvel com valor cultural. Com esse entendimento, o Mahmoud (2005, p. 3) alerta que:

Somente haverá acomodação típica no art. 62 da Lei nº 9605/98, quando o comportamento do sujeito for agressivo a bem que cristalice os valores proclamados na Carta Magna. O tipo penal disciplina as condutas de destruir, inutilizar ou deteriorar bens que sejam protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Contudo a determinação da proteção é vinculada – pela Constituição – àqueles dois grandes campos. Esta vinculação é fundamental, como adverte Paulo Affonso Leme Machado: "Pouco representativa e até defeituosa seria a conservação natural, se casuística e episodicamente se cuidasse da proteção de um ou outro momento cultural" (2). E lembra Giannini, para quem a concepção de bem cultural "atinge a coisa como testemunho material da civilização". É elementar: todo crime doloso requer que a vontade e a consciência abarquem todas as elementares típicas. Assim, no crime de dano ao patrimônio cultural, o agente deverá ter consciência de que se trata de bem especialmente protegido por um dos comandos normativos citados.

Contrariando a tendência de criar delitos de perigo para a defesa de condutas lesivas ao meio ambiente, os delitos contra o patrimônio cultural são crimes de dano, ou seja, a consumação se dá com a efetiva ofensa ao bem jurídico protegido. No tipo penal em questão não é diferente. A consumação se dá com a efetiva destruição, inutilização ou deterioração do bem protegido com valor cultural.

Por fim, importante frisar que o art. 62 da Lei n. 9.605 de 1998 revogou tacitamente o art. 165 do Código Penal, que trata do dano à coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. Isso se deu porque a lei ambiental é posterior ao Código Penal e é legislação especial, tratando do mesmo assunto. Nesse sentido, escreve Bitencourt (2008, p. 185): “O art. 165, contudo foi revogado tacitamente pelo art. 62, I da lei n. 9605/98 (lei de Crimes Ambientais), que regula completamente a mesma matéria, punindo com reclusão de um a três anos e multa. Trata-se, com efeito, de lei especial e lei geral (*lexspecialisderrogatlexgeneralis*).” Outro delito afeito ao patrimônio cultural é o do art. 63, que apresenta a seguinte redação:



Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:  
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. (BRASIL, 1998).

Mais uma vez, trata-se de norma penal em branco, sendo necessária outra norma que, no caso em questão, trata-se de uma lei, um ato administrativo ou até uma decisão judicial para a complementação do tipo penal. Além disso, a prática do delito fica na dependência de uma decisão administrativa, como se vê na redação do delito. Assim o *iter criminis* somente se aperfeiçoa se o autor alterar edificação “sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. Dessa forma, a consumação do crime fica a cargo de uma decisão de autoridade administrativa.

A inserção dessas normas no tipo penal traz insegurança e fragilidade ao princípio da legalidade. A título de exemplo, se a autorização da autoridade competente for municipal, o momento consumativo do delito poderá variar dependendo do município onde a conduta é praticada.

Feitas essas considerações, o tipo penal tem como conduta alterar aspecto ou estrutura de edificação que tenha não apenas um valor cultural, mas também valor paisagístico, ecológico, turístico, religioso, artístico e histórico. Esses bens necessariamente devem ser protegidos por uma lei, um ato administrativo, que pode ser o tombamento, ou uma decisão judicial. Sobre a prática do delito, Marcão (2015, p. 533) revela que: “Alterar o aspecto significa modificar a aparência, enquanto alterar a estrutura é o mesmo que modificar a organização, disposição e ordem dos elementos essenciais que compõem o corpo, ou, ainda, numa interpretação mais restrita, aquilo que dá sustentação a alguma coisa.”

Outro aspecto importante do referido tipo penal é quanto ao conceito de patrimônio histórico e de bens de valor arqueológico. Considerando que se trata de norma penal em branco, a definição de patrimônio histórico está no Decreto-Lei n. 25 de 1937, senão vejamos:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (BRASIL, 1937).

Já em relação aos bens de valor arqueológico, a complementação do delito se dá com a Lei n. 3.924 de 1961, que apresenta a seguinte definição:

Art. 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

- a) as 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.
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.(BRASIL, 1961).

Por fim, trata-se de crime de dano, como tipo penal anterior abordado, o crime se consuma com a ofensa ao bem jurídico protegido. Assim, a alteração na estrutura ou no aspecto da edificação tem que ofender o patrimônio cultural.

Dando continuidade à análise dos tipos penais, tem-se o art. 64 da Lei dos Crimes Ambientais, com seguinte redação:

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. (BRASIL, 1998).

Desse delito, verifica-se como conduta do autor a construção em solo não edificável que tenha um valor cultural, histórico, artístico, turístico, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental sem autorização da autoridade administrativa ou em desacordo com a concedida. Mais uma vez, conforme o art. 63 da lei dos crimes ambientais, trata-se de delegar a decisão da prática do delito para a autoridade administrativa.

Sobre o objeto material da conduta do autor, Prado (2005, p. 515) esclareceque:

A doutrina conceitua construção, para efeitos penais, como sendo “toda obra de execução construtora, de caráter público ou privado, e de relevância urbanística suficiente para atentar contra os interesses coletivos presentes no âmbito da ordenação territorial.” Tratam-se a construção de objeto da ação, e o solo de objeto material sobre o qual recai o primeiro (objeto da ação). É de bom alvitre observar que o termo construção é mais genérico que edificação: assim, deve-se entender pelo primeiro, a “execução de toda obra artificial que modifique a natureza de um terreno, acrescentando elementos físicos permanentes. Enquanto a edificação ou obra de novo andar, trata-se de uma construção que materializa um aproveitamento, objeto de regulação urbanística, fechada e com teto.

É de se observar que o tipo penal não proíbe a construção nessas áreas de preservação ou em seu entorno, o que configura um ilícito penal é a construção sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com autorização concedida. Abordando a questão, Sirvinskas (2011, p. 293) considera que:

A conduta punível é o ato de promover construção em solo não edificável ou no seu entorno, onde existe bem protegido. Promover é fazer avançar, fazer com que se ponha em prática, fazer executar ou causar. No nosso entender, incide no tipo penal não só quem promove ou determina a construção como quem efetivamente executa a edificação nessas áreas ou em seu entorno. Pode-se construir nessas áreas desde que a autoridade competente assim o autorize. Autorizada a edificação, a obra deve ser realizada nos termos da autorização; caso contrário haverá crime.

Um aspecto importante a ser salientado é que, nesse tipo penal, não há referência ao fato de que o bem deva ser protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, conforme estabeleceu o legislador nos dois artigos anteriores (arts. 62 e 63 da Lei n. 9.605/98). Todavia, a melhor orientação é que tais bens tenham uma proteção do Estado pelos atos acima expostos. Nesses termos, Miranda (2006, p. 227) entende que:

Apesar do dispositivo ser omissivo quanto às formas de determinação do valor que justifique a área como non aedificandi (solo não suscetível de receber construções a fim de preservar determinada finalidade social relevante), por simetria com os arts. 62 e 63 entendemos que a imposição pode surgir de lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Por fim, encerrando as considerações referentes aos delitos contra o patrimônio cultural, temos o crime referente a pichação, previsto no artigo 65 da Lei de Crimes Ambientais, com o seguinte texto:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:  
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.  
§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.  
§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (BRASIL, 1998).

Essa redação foi modificada pela Lei n.12.408 de 2011, que retirou o verbo “grafitar” do *caput* do art. 65 e descriminalizou o grafite, conforme se extrai do parágrafo 2º do presente artigo.

O tipo penal tem como ação o ato de pichar ou conspurcar, ou seja, sujar edificações urbanas, sendo a conduta qualificada quando o imóvel tem um valor cultural, arqueológico e histórico. Existia, na doutrina, antes do art. 65 da Lei n. 9.605 de 1998, uma divergência se o ato de pichar se configuraria em crime de dano do Código Penal ou não. Todavia, com a edição da lei de crimes ambientais, tal dilema foi superado, prevalecendo a lei especial, ou seja, o art. 65 da Lei n. 9.605 de 1998. Entretanto, Gomes e Maciel (2015, p. 268) fazem a seguinte observação:

Com a edição da lei 9605/98, a doutrina passou a entender que a pichação e a conspurcação de edificações caracterizam sempre o delito deste art. 65, não se aplicando mais o art. 163 do CP. Pensamos diferente. O bem jurídico protegido nesta lei é o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Se alguém, por exemplo, pichar o interior de uma residência (paredes internas do imóvel, não visíveis ao público) com a finalidade de causar prejuízo ao proprietário estará cometendo o delito patrimonial do art. 163 do CP e não crime ambiental em estudo.

Trata-se de delito de dano, como os demais tipos penais contra o patrimônio cultural, sendo que o crime se consuma com a pichação ou ato de conspurcação em imóveis, trazendo ofensa ao patrimônio cultural ou ordenamento urbano.

A grande discussão, hoje, no que tange ao art. 65 da lei de crimes ambientais, é referente ao ato de grafitar. Com a nova redação dada pela Lei n. 12.408 de 2011, o legislador entendeu, no § 2º do art. 65, por descriminalizar a prática do grafite. Assim, diante dessa nova normatização, criou-se um problema em identificar quando o grafite tem cunho cultural ou quando é apenas um ato que tem por objetivo pichar ou sujar imóveis dentro do espaço urbano.

Tal discussão ganhou dimensão nacional quando o prefeito eleito de São Paulo, João Doria, montou uma cruzada contra os pichadores. Nos primeiros dias de governo, o prefeito determinou que fosse realizada uma limpeza na cidade, apagando as pichações, o que gerou uma grande celeuma quanto à conduta de grafitar. O jornal Folha de São Paulo, em reportagem publicada no caderno Cotidiano, retrata bem essa polêmica em torno da decisão do Prefeito Doria:

Como parte de sua campanha contra a pichação, o prefeito João Doria (PSDB) sancionou nesta segunda (20) uma lei que endurece a punição a pichadores. Agora, caso seja pego, o infrator terá que pagar multa de R\$ 5000,00. Se a pichação for

contra o patrimônio público, o valor atingirá R\$ 10 mil. Se houver reincidência, a multa dobra. O projeto de lei havia sido aprovado na semana passada na Câmara Municipal. O texto diferencia grafite de pichação, mas Doria não explicou como essa distinção se dará na prática, no flagrante. Segundo ele, os grafites terão que ser sempre autorizados – exigência questionada por diversos grafiteiros. A nova lei também determina que estabelecimentos comerciais não vendam sprays para menores de 18 anos. Lei federal de 2011 já prevê a obrigação, mas sem fixar a multa.

O grande problema que se apresenta em relação à questão é quando o grafite é uma forma de expressão cultural ou quando é apenas um ato de pichar ou conspurcar. É notório e público que as grandes cidades brasileiras enfrentam esse problema. Não se pode estar sob o pálio da falsa percepção do ato de grafitar e sujar e pichar todo o espaço urbano. Em discussão sobre o controle do grafite no município, André Sturm, cineasta e secretário municipal de cultura de São Paulo, argumenta que:

Quem anda a pé por São Paulo já se deparou inúmeras vezes com placas instaladas em frente a residências e comércios com o texto: “Senhor pichador, o dinheiro economizado com a limpeza das paredes é doado a uma instituição de caridade conforme comprovante anexado”. O recado dado educadamente representa a ação de um cidadão cansado de ter prejuízos financeiros em pintar suas fachadas frequentemente, vê-se obrigado a pagar uma taxa extraoficial – mesmo que beneficente – para fazer-se respeitar. Em cidades como Tóquio e Paris a legislação é dura com a pichação, considerada crime. Assim, como nessas metrópoles, São Paulo também precisa ter uma política cultural e de zeladoria para o grafite, que valorize essa expressão artística e que diferencie da pichação. Apenas com uma política cultural toda a população vai poder realmente reconhecer e valorizar o grafite. Um grafiteiro que teve um mural apagado na avenida 23 de maio publicou em rede sociais uma mensagem que vem repercutindo bastante: “É uma arte efêmera! Boa enquanto durou e que se renova!” Renovar a cidade é um desejo da gestão Doria, que está colocando em prática o programa Cidade Linda, na qual, além de ações de limpeza, organização e infraestrutura, vem apagando pichações e apagou alguns grafites, como o mural do artista citado acima. Convido a todos a refletir que gerir uma cidade requer ouvidos atentos a opiniões diversas e que nem sempre estão representadas em nossas redes sociais. (STURM, 2017, p. 3).

Sobre a arte de grafitar, é necessário que se faça uma reflexão no sentido de diferenciar o que é manifestação cultural, ou ato de vandalismo sem nenhum valor cultural. Como bem salientam Gomes e Maciel (2015, p. 271),

Este tipo penal deve ser interpretado com reservas. O que a lei pretende punir é a conspurcação (o ato de sujar) os objetos materiais indicados no tipo. A conspurcação pode ocorrer por pichação, “grafitagem” ou por qualquer outro meio. Há casos, porém, em que o ato de pichar ou grafitar uma edificação constitui uma forma de expressão de arte ou até mesmo uma atividade educativa. Nessas hipóteses o fato será atípico (desde que haja, obviamente, autorização do proprietário). A propósito, há muitos proprietários de imóveis, que por serem alvos constantes de pichadores desordeiros, autorizam os grafiteiros a realizar desenhos sobre a pichação existente, como forma de limpar o prédio. Em outros casos, a atividade de grafitar é estimulada, inclusive em instituições públicas, como forma de arte como atividade

educativa. Não é qualquer pichação ou “grafitagem”, portanto, que constitui o crime em estudo, mas tão somente aquelas realizadas por desordeiros que agem com o manifesto propósito de estragar a paisagem urbana e o patrimônio alheio.

Infelizmente muitas pessoas desprovidas de qualquer noção de preservação de espaços públicos e conservação do patrimônio público e cultural utilizam a “grafitagem” como forma de manifestar seu repúdio ou sua revolta com a vida, sujando imóveis dentro do espaço urbano. Exemplo notório e lamentável dessa prática ocorreu na igreja de São Francisco, dentro do acervo da Pampulha, em que vândalos picharam e estragaram o conjunto arquitetônico da referida igreja.

Estabelecidas essas premissas referentes aos delitos contra o patrimônio cultural, com o intuito de suscitar alguns pontos de discussão relacionados a cada um desses delitos, a reflexão agora se volta para a eficácia da sanção penal referente a tais delitos e como uma “justiça negocial” pode se apresentar mais produtiva na punição dos autores, em vez de se adotar como condenação a pena privativa de liberdade.

### **5.3 A negociação da justiça criminal na proteção do patrimônio cultural**

Um dos grandes problemas e dilema enfrentado pelo direito penal é a questão da punição dos infratores. Sobre essa questão, levantam-se as seguintes indagações: Qual a função do direito penal? Para que serve o direito penal? Qual a função da pena? Será que o encarceramento de pessoas é a principal função de uma sanção penal? Qual é a eficácia da aplicação de uma pena privativa de liberdade em face desses novos delitos que se apresentam em uma sociedade de risco? A esse universo de perguntas soma-se o problema do sistema carcerário, principalmente no Estado Brasileiro, o que leva, obrigatoriamente, a uma reflexão em relação a todo modelo punitivo adotado pela dogmática penal.

É notória a falência do modelo punitivo mais usado pelo ordenamento jurídico, que são as penas privativas de liberdade. O encarceramento tem-se mostrado totalmente ineficaz na ressocialização dos condenados. A preocupação com a aplicação da pena privativa de liberdade vem chamando a atenção dos juristas e do legislador desde a década de 80, com a elaboração da lei de execução penal. Já se discutia à época a questão carcerária no que tange a superlotação dos presídios, a possibilidade de ressocialização, bem como os direitos dos presos.

Ocorre que, paralelamente a essa questão, em face do aumento da criminalidade no início da década de 90, iniciaram-se vários movimentos, principalmente o denominado “lei e

ordem”, de endurecimento da lei penal, com o surgimento de normas penais mais rígidas e uma valorização na aplicação da pena privativa de liberdade, principalmente de forma provisória, ou seja, prisão sem uma formação da culpa. A proliferações de leis penais e a banalização das prisões preventivas levaram à estagnação do sistema carcerário brasileiro. Como bem salienta Greco (2013, p. 227),

A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional.

As consequências da política criminal equivocada, voltada para um direito penal máximo, que privilegia o encarceramento, são sentidas hoje com o enorme déficit de vagas nos presídios. Há uma superlotação carcerária, que facilita o agrupamento dos presos em facções, não cessando as práticas delituosas dentro e fora das unidades prisionais. Exemplo disso foi o fato ocorrido recentemente na cidade de Manaus, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, com a morte de mais de 56 presos, devido a luta por poder e dominação de facções criminosas, espelhando-se, posteriormente, para vários presídios do nordeste. Dessa forma, o local que se prestaria a eventual ressocialização de presos virou centro de formação de organizações criminosas. Sobre esse aspecto, Roxin (2006, p. 13) apresenta a seguinte crítica:

Quanto mais aumentarem os dispositivos penais e, em consequências deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade. As instituições carcerárias e também os recursos financeiros necessários para uma execução penal humana estão aquém do necessário. Além disso, uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável. Afinal, o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma (re-)socialização através de penas privativas de liberdade é um conhecimento criminológico seguro. Não se pode aprender a viver em liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação da liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores.

Na contramão e apresentando-se como uma reação a esses movimentos de um direito penal máximo, assiste-se, por parte de muitos doutrinadores e juristas, a uma luta pelo um direito penal mínimo, mais garantista, observador dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Dentro desse movimento e no sentido de lutar contra o excessivo encarceramento das pessoas e um prolongando e angustiante processo penal, surgiram várias leis que possibilitam a conciliação entre o autor do delito e o Estado. Trata-se da chamada “justiça negocial” muito utilizada no direito estadunidense e em países que adotam o

“Commow Law”. Não se trata do reconhecimento de culpa por parte do autor do delito e nem mesmo de uma ofensa ao devido processo legal, mas de uma possibilidade de extinguir um longo processo penal sem aplicação da pena de privativa de liberdade. Sobre o assunto, Vasconcellos(2015, p. 55) afirmaque:

A justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. Desse modo incluem-se em tal categoria, por exemplo, os institutos da barganha, da transação penal, suspensão condicional do processo brasileiro e português, os procedimentos abreviados latino-americanos, a pleabargaining estadunidense, o absprachen alemão, o patteggiamento italiano, os procedimentos por decreto ou monitórios, entre diversos outros. Logo, esse modelo se pauta pelo incentivo à participação dos atores processuais, na busca de uma convergência de vontades.

Nesse sentido, a justiça negocial tem como objetivo encerrar um procedimento criminal muitas vezes longo, por meio da busca de um consenso entre as partes, evitando assim a condenação do autor a uma pena que poderia ser a privativa de liberdade. Na legislação brasileira, pode-se dizer que a norma precursora da justiça negocial penal foi a Lei n. 9.099 de 1995, a lei do Juizado Especial Cível e Criminal. Referida norma trouxe para o ordenamento brasileiro os institutos despenalizadores que, na verdade, são instrumentos processuais de consenso para que não seja imputado ao autor uma pena oriunda de uma sentença penal condenatória. Nesse sentido, Vasconcellos (2015, p. 98) relata que:

Inegavelmente, o marco principal da justiça consensual no campo jurídico-penal brasileiro se deu com a lei 9.099/1995, que regulou os Juizados Especiais Criminais. Antecedida por propostas inexitasas que pretendiam introduzir mecanismos de inspiração transacional e pelo exemplo em âmbito cível dos Juizados de Pequenas Causas, sua estruturação se impôs com a previsão contida no inc. I do art. 98 da Constituição Federal de 1988, a qual determinou a criação dos juizados especiais e legitimou a transação no ordenamento brasileiro, fragilizando parte das críticas doutrinárias que a objetavam. Entretanto, tal mandamento ao legislador carecia da edição da lei federal regulamentadora, que tardou a ser promulgada e, assim possibilitou tentativas estaduais de implementação de juizados especiais em seus territórios, os quais, entretanto, findaram maculadas pela inconstitucionalidade apontada pelo Supremo Tribunal Federal. Aponta-se que a lei 9.099/95 estruturou um microssistema em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, almejando, segundo parte da doutrina, a favorecer a celeridade e a eficiência no julgamento de casos penais, o que, supostamente, aproximaria o direito processual pátrio às tendências internacionais e romperia com padrão de política criminal repressor característico da época.



A Lei do Juizado Especial traz três instrumentos de justiça negocial: A Composição de Danos Cíveis, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo. Importante também frisar que na Lei n. 12.850 de 2013, que define organização criminosa e sua investigação, foi inserido o instituto da Colaboração Premiada, mais conhecido como delação premiada. Trata-se de instrumento importante e que vem valorizar a justiça negocial. Semelhante instituto ganhou notoriedade no combate às organizações criminosas em face da operação Lavo Jato.

Antes da análise de cada um dos instrumentos de justiça negocial trazidos pela Lei n. 9.099 de 1995, é importante destacar que os delitos previstos na defesa do patrimônio cultural são, na sua grande maioria, crimes de menor potencial ofensivo, sendo, inegavelmente, objetos desses institutos processuais. Outra razão para a utilização de tais instrumentos é que, quando há ofensa ao patrimônio cultural, é a restauração do *status quo* que se objetiva e nada mais eficaz que a utilização desses institutos despenalizadores para alcançar tal pretensão. Assim, quando o autor edificar, destruir, alterar imóvel que tenha um valor cultural poderá a justiça criminal, por meio de acordo, determinar que o autor restaure o imóvel, levando-o a voltar ao que representava culturalmente para aquela determinada sociedade.

Feitas essas observações, o primeiro instituto despenalizador previsto na Lei n. 9.099 de 1995 é a composição de danos civis, conforme previsto no artigo 74:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (BRASIL, 1995).

Trata-se de um acordo entre autor e vítima no sentido de formalizar uma composição de danos em virtude da prática do delito, na presença do Ministério Público. A homologação do acordo tem o valor de um título executivo e poderá ser executado na justiça cível.

Outro instituto conciliador previsto na Lei do Juizado Especial é a transação penal. Nela o autor do delito cumpre uma pena restritiva de direito, ficando o Ministério Público impedido de oferecer denúncia contra ele. Essa norma está prevista no art. 76 Lei n. 9.099 de 1995, com a seguinte redação:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995).

Trata-se de uma acordo entre o Ministério Público e o autor do delito não tendo participação da vítima na negociação, diferentemente da composição por danos civis. Como bem salienta Vasconcelos (2015, p. 103),

Trata-se de acordo realizado entre o acusado (necessariamente acompanhado por advogado) e o promotor, em que aquele aceita a aplicação imediata de uma sanção penal, sem o transcorrer regular do processo, ou seja, com a concretização antecipada do poder de punir. Em contrapartida, o interesse acusatório é favorecido pela imposição de uma punição de modo célere, com redução de gastos de recursos. Ou seja, caracteriza-se como pacto, em que teoricamente, ambas as partes são beneficiadas. Embora ateste conformidade com a proposta de punição, conforme a doutrina majoritária, o acusado não reconhece sua culpabilidade, o que supostamente afasta violações à presunção de inocência.

Por fim, dentro agora de uma ação penal, tem-se a Suspensão Condicional do Processo, na qual, tendo o réu condições objetivas e subjetivas, o seu processo será suspenso, impondo ainda ao acusado certas limitações, senão vejamos:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições

I - reparação do dano, salvo impossibilidade

II - proibição de frequentar determinados lugares;

- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (BRASIL, 1995).

Nesse caso ação penal está em curso, obtendo o réu o benefício da suspensão, desde que ele cumpra algumas obrigações impostas pelo Juiz. Se durante o lapso temporal da suspensão do processo, o réu cumprir com todas as obrigações, o juiz, no encerramento do prazo, extinguirá a punibilidade.

É importante observar que, nos crimes ambientais, há algumas peculiaridades que devem ser observadas. A Transação Penal só é possível se tiver prévia composição do dano ambiental, conforme estabelece o art. 27 da Lei n. 9.605 de 1998.

Já em relação à Suspensão Condicional do Processo, a extinção da punibilidade só será possível com a juntada do laudo de reparação do dano ambiental, conforme o que estabelece o art. 28 da lei de crimes ambientais. Assim, tanto na Transação Penal como no *sursis* processual é *conditio sine qua non* a reparação do dano ambiental. Nesse sentido, Gomes e Maciel (2015, p. 97) observam que:

O disposto nos arts. 20, 27, 28 bem revela o escopo prioritário da lei ambiental, que reside na reparação dos danos. Art. 20 determina que o Juiz, na sentença condenatória, já fixe um quantum indenizatório. O art. 27 exige a prévia reparação dos danos para a concessão da transação penal. O art. 28 exige a reparação dos danos para o efeito da extinção da punibilidade. Ou seja: a terceira via do direito penal (que consiste na reparação dos danos) contou com o reconhecimento de destaque na lei ambiental.

De espírito inovador e com a finalidade de trazer para o processo penal a informalidade e a celeridade, a Lei n. 9.099 de 1995 apresenta também os institutos que propiciam a implantação de uma justiça negocial. Plantadas as primeiras sementes no sentido de introduzir a “barganha” no processo penal pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, somente no ano de 2013, com a lei que dispõe sobre o crime organizado, reapareceu um importante instrumento da justiça negocial, a chamada colaboração premiada, mais conhecida como delação premiada.

Esse instituto ganhou notoriedade em face da operação Lava Jato que, utilizando-se desse instrumento, levou ao desmantelamento de organização criminosa inserida no poder público com dois objetivos: corromper a classe política e empresarial e assaltar o erário. O instituto da colaboração premiada está previsto no art. 4º da Lei n.12.850 de 2013, com o seguinte texto:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. (BRASIL, 2013).

Trata-se de uma verdadeira “barganha” dentro do processo penal, na qual os autores de uma organização criminosa, com intuito de terem suas penas reduzidas, identificam os demais integrantes da organização, dismantelando-a e proporcionando a recuperação e restituição de bens provenientes da empreitada criminosa. Como bem salienta Vasconcellos (2015, p. 115):

Como expressão da justiça negocial, juntamente com os acordos para reconhecimento de culpabilidade, a colaboração premiada se estabelece no ordenamento pátrio permeada pelos constantes discursos que clamam celeridade e eficiência à persecução penal ou “o melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo”. Por certo, trata-se de questionáveis influxos pautados por objetivos de política criminal, que adentram o processo penal sob a justificação de uma suposta necessidade para o enfrentamento da nova criminalidade e das dificuldades probatórias em casos complexos. Inegavelmente, contudo, tal instituto se caracteriza como uma tendência marcante no cenário jurídico internacional, sendo implementado em inúmeros ordenamentos e, inclusive, recomendado por organismos internacionais.

A delação premiada é um instituto por excelência da justiça negocial muito utilizado pelos países que adotam o *common law* dentro do processo penal que está sendo inserido no ordenamento jurídico brasileiro pouco acostumando com a prática no âmbito do processo penal.

Elencados os diversos instrumentos da justiça negocial, observa-se que muitos deles se mostram eficazes e próprios para a demanda referente aos delitos contra o patrimônio cultural, já que, quando da ofensa a esse bem jurídico, o que mais importa é a restauração do *status quo* e não o encarceramento do autor do delito. São crimes com pouca periculosidade ofensiva, podendo muito bem o autor negociar junto ao Poder Judiciário a restauração do acervo cultural destruído, danificado ou deteriorado.

#### **5.4 Reflexões sobre o papel do direito penal na defesa do patrimônio cultural**

Em dias em que a utilização do direito penal é a solução de toda a panaceia e crises da sociedade, é importante que se façam algumas reflexões sobre o papel do direito penal na proteção do patrimônio cultural. É notório que a sociedade vivencia constante sentimento de alerta, em virtude dos perigos existentes devido ao novo modo de viver que foi imposto pela globalização e pelo avanço da tecnologia. A disseminação do medo e do perigo pela mídia é intensa, trazendo assim um campo fértil para que se utilize o direito penal como instrumento de controle absoluto e forma de intimidação das pessoas.

Nessa conjuntura, a expansão do direito penal é algo inevitável. Como consequência inicial dessa expansão, tem-se o aumento de leis penais e a proliferação de bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal. Hoje, não se protegem apenas bens jurídicos de forma individualizada, mas bens jurídicos cuja titularidade é difusa ou coletiva. A cada dia nos surpreendemos com uma lei penal nova; uma conduta que antes não tinha interesse penal, hoje, está criminalizada. Sobre essa temática, Ribeiro e Senesi Filho (2014, p. 321) observam que:

A grande demanda pelo direito penal em uma sociedade cada vez mais consumista de proteção em tese alcançada pela ameaça de pena não pode, todavia acreditar que o direito penal possa vir a ser a panaceia capaz de atender demandas que, pouca importância do bem jurídico tutelado, ou mesmo pela insignificância ofensa ao bem, tenham por sede tipos penais incriminadores. A intervenção mínima como princípio fundamental e secular do direito penal, ao contrário de argumentos que possam nele depositar uma ideia de fracasso ou de impotência, lança suas luzes ou o seu próprio cajado para o fortalecimento do objeto de tutela penal que, no caso, é o meio ambiente, hoje tão reclamado e tão castigado.

É nesse ambiente que se pergunta: Caberá ao direito penal ser um instrumento legítimo e eficaz para a proteção do patrimônio cultural? Antes de responder a esta indagação, é importante que se apresentem alguns posicionamentos no que tange à função do direito penal. É necessário ainda afirmar que a expansão do direito penal é uma realidade que não se pode negar, não por uma opção de direito penal máximo, um direito penal do inimigo, mas sim em virtude das mudanças vividas pela sociedade, que apresenta novas demandas nas quais cabe, realmente, a atuação do direito penal.

Assim, em face de novas criminalizações, tais como, organização criminosa, crimes cibernéticos, delitos econômicos e crimes ambientais, apresenta-se como necessária uma atuação das normas penais para o enfrentamentos desses delitos. Ocorre que, para a atuação

nesse novo ambiente, é preciso que haja avanços na dogmática penal e sua adaptação a esta nova realidade. Não se está defendendo com isso o desprezo e a negação das conquistas referentes a um direito penal mais garantista, mas uma inovação da ciência penal no combate a esses delitos. Não se pode também entender que, em virtude dessas novas criminalizações, o direito penal se apresente ineficaz, criando para tais situações um novo direito, como Hassemer propôs o Direito de Intervenção.

Dentro de posicionamento conciliador, a teoria proposta por Silva Sánchez é que melhor se apresenta para a solução dos problemas dessa nova realidade. Adepto ao expansionismo penal, o autor propõe a atuação do direito penal em dois momentos distintos, ou em duas velocidades, como já se apresentou neste trabalho. A primeira velocidade seria um direito penal clássico, no qual se impõe pena privativa de liberdade, não ocorrendo nenhuma flexibilização nas garantias individuais e processuais. Já o direito penal de segunda velocidade se preocuparia com os novos delitos e imputaria penas restritivas de direito, mas aqui há uma ampla flexibilização dos princípios do direito penal.

Assim, em face da possibilidade de atuação do direito penal nessas novas criminalizações, é importante e essencial sua atuação na defesa do patrimônio cultural. Primeiro, porque se trata de um bem jurídico difuso, elencado e valorizado pela Constituição Federal de 1988. Segundo, dentro da concepção de Silva Sánchez e de uma justiça negocial, permitir-se-á a imposição ao autor do delito a restauração do acervo cultural destruído ou deteriorado.

## **5.5 Aresponsabilidade penal da pessoa jurídica e o patrimônio cultural**

Uma das questões que suscitam grande controvérsia em relação aos crimes ambientais é a imputação penal dos entes coletivos. O que se discute é se é possível responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica por condutas lesivas ao meio ambiente e, mais especificamente, a danos ao patrimônio cultural. A resposta a esta indagação tem como ponto de partida a Constituição Federal de 1988. Foi desejo do constituinte de 1988 responsabilizar tanto a pessoa física quanto a jurídica na seara penal por danos ambientais, senão vejamos:

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. (BRASIL, 1988).

Percebe-se assim que, no parágrafo terceiro do artigo 225 do texto constitucional, o legislador estabeleceu sanções penais tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à ciência penal, a imputação penal para os entes coletivos.

Com o intuito de regulamentar o artigo 255, § 3, da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n. 9.605 de 1998, na qual também estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme se verifica no texto abaixo:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. (BRASIL, 1998).

Como se observa, a lei de crimes ambientais não só trouxe a responsabilidade penal dos entes coletivos, mas também estabeleceu sanções próprias para esse tipo de incriminação. Diante desse panorama, surgiram várias indagações quanto à imputação criminal de uma pessoa jurídica em face da dogmática clássica penal existente, já que a conduta criminosa é eminentemente humana.

Antes da discussão sobre a possibilidade ou não de o ente coletivo cometer crimes, é importante destacar que há um entendimento que a própria Constituição, em seu art. 225, § 3º, não propôs a imputação penal da pessoa jurídica. Tal perspectiva se apresenta em face de uma interpretação do texto constitucional. Assim, quando se fala em “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente”, a norma constitucional está relacionando a “conduta” à pessoa física, que terá uma responsabilidade criminal, e as “atividades”, à pessoa jurídica, que, obviamente, sofrerá sanções civis e administrativas. A esse respeito, Gomes e Maciel (2015, p. 18) afirmam que:

A correta exegese do § 3º, do art. 225, da CF/88 não indica possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. O dispositivo constitucional utiliza a expressão “condutas”, referindo as pessoas físicas, sujeita às sanções penais; e a expressão “atividades”, referindo-se às pessoas jurídicas, sujeitas a sanções administrativas. Nesta ordem. O dispositivo nada mais fez, portanto, do que atribuir responsabilidade criminal para as pessoas físicas que praticarem condutas (crimes) lesivas ao meio ambiente e responsabilidade administrativa para as pessoas jurídicas que exercerem atividades ofensivas ao meio ambiente.

Somada a semelhante interpretação do texto constitucional, a imputação de crime ao ente coletivo ofenderia o princípio da pessoalidade da pena, previsto no art. 5º, XLV, que afirma que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;” (BRASIL, 1988).

Estabelecidas essas premissas, existem dentro da doutrina penal dois grandes grupos que discutem a prática de crimes por pessoas jurídicas. O primeiro nega essa possibilidade, a partir do axioma *societas delinquere non potest* – a pessoa jurídica não comete crime. O segundo entende que é possível o ente coletivo praticar crimes e sofrer sanções penais – *societas delinquere potest*.

A primeira corrente doutrinária é totalmente contra, portanto, à possibilidade de a pessoa jurídica cometer delitos. Esse entendimento é sustentado pela Teoria da Ficção Jurídica de Savigny e Feuerbach, a qual entende que empresas são ficções jurídicas sem vontade própria, sem consciência. Sobre essa teoria, Prado (2005, p. 145) disserta que:



Criada por Savigny, afirma que as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio lícito da autoridade soberana –, sendo portanto, incapazes de delinquir (carecem de vontade de ação). O direito penal considera o homem natural, quer dizer, um ser livre, inteligente e sensível: a pessoa jurídica, ao contrário, encontra-se despojada dessas características, sendo só um ser abstrato.

Nesse raciocínio, se a pessoa jurídica não tem vontade própria, não tem capacidade de ação e nem de agir de forma consciente (sem dolo e culpa), não apresentando condições do ente coletivo praticar crime. Outro problema a ser enfrentado é a questão da culpabilidade. Não se pode esperar da pessoa jurídica, a imputabilidade, o grau de censurabilidade e a consciência da ilicitude, pois trata-se ela de uma ficção jurídica e não de um indivíduo. Para se apontar uma responsabilidade criminal ao ente coletivo é necessário antes que se faça uma reformulação da dogmática clássica penal. Defendendo essa postura, Gomes e Maciel (2005, p. 23) aduzem que:

Para que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja aplicada de forma constitucional, é imprescindível uma reformulação da teoria do delito hoje vigente no Brasil, com a introdução de institutos de responsabilização penal, específicos e adequados à pessoa jurídica. Em outras palavras, o art. 225 § 3º, da CF/88 é norma constitucional de eficácia limitada (não autoexecutável), dependente de regulamentação, qual seja, a criação de uma teoria do delito das pessoas jurídicas. A responsabilidade penal rascunhada na CF/88 e prevista, superficialmente, na lei 9605/98 é insuficiente e inadequada para a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Já outro posicionamento, segundo o qual se admite a imputação penal da pessoa jurídica, é o sustentado pela Teoria da Realidade ou da Personalidade Real, de Otto Gierke, que entende que os entes coletivos não são ficções jurídicas, mas têm vida própria e capacidade de ação. Segundo Sirvinskas (2011, p. 93),

Para a teoria da realidade, a pessoa jurídica pode delinquir, pois, possui vontade que pode se exteriorizar pelas somas das vontades dos seus sócios ou dirigentes. Por ser um organismo – uma estrutura –, sua vontade se expressa através de uma conduta ou de um ato lesivo ao meio ambiente, sustentada por Planiol, Ripert, Gierke, Zitemann. Para essa teoria, pessoa não é somente o homem, mas todos os entes possuidores de existência real, abrangendo aí a pessoa física e jurídica. Para essa teoria, as pessoas jurídicas não são meras abstrações ou ficções legais, mas entes reais com capacidade e vontade próprias, podendo, por tal razão, cometer crimes.

Para essa teoria, os entes coletivos têm vida própria, capacidade de agir, e mesmo distintos da pessoa física, podema eles ser imputada uma responsabilidade criminal. Trata-se de uma teoria mais adequada aos propósitos da expansão penal e, de certa forma, apresenta

maior efetividade no combate aos novos delitos (delitos econômicos, ambientais, organização criminosa) que surgiram em virtude da sociedade de risco e da globalização.

Discussões à parte, certo é que a questão foi posta primeiramente pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 9.605 de 1998. Assim, há normas que estabelecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Além disso, a lei de crimes ambientais estabelece a forma como os entes coletivos praticam delito. Assim reza o texto normativo:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. (BRASIL, 1998).

Da leitura da norma penal, podem-se tirar várias conclusões. Primeira, a pessoa jurídica somente comete delito se seu representante legal ou contratual ou seu órgão colegiado praticarem condutas em virtude de suas decisões, com o intuito de beneficiar o ente coletivo. Segunda, trata-se de prática de crime de concurso necessário, conforme estabelece o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.605 de 1998. Assim, a Pessoa Jurídica somente comete delitos ambientais em concurso com pessoa física; trata-se do que a doutrina chama de teoria da dupla imputação ou sistema das imputações paralelas. Em decisão em Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Gilson Dipp, elencou os critérios de responsabilização da pessoa jurídica:

É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Germano da Silva continua: "Em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. Do mesmo modo o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado."

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica.

Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. Luís Paulo Sirvinskas ressalta que "de qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

Essa atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Porém, tendo participado do evento delituoso, todos os envolvidos serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

É o que dispõe o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, que institui a corresponsabilidade, nestes termos:

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. (STJ, Resp-SC nº 564.960/DF, Rel. Min. Gilson Dipp. D J. 13/06/2005).

Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência estabelecem critérios para a prática de delito por parte da ente coletivo. Assim, condutas isoladas de funcionários da empresa que não passam por uma decisão do seu representante legal não poderão ser suportadas pela pessoa jurídica. Sobre a questão, disserta Wunderlich (2015, p. 207):

Em suma, a orientação jurisprudencial dominante reconhece que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da lei nº 9605/98. Esta atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Impera, pois, a posição (majoritária) que a pessoa jurídica é incapaz de responsabilização penal isoladamente, uma vez que não destina ação ou omissão, leia-se, não tem vontade, em ataque contra o meio ambiente. Todavia, tem sido aceita a responsabilização penal dos entes corporativos quando a atuação é decorrente de ação ou omissão conjunta ou por meio de seus gestores e/ou administradores, representantes legais e/ou contratuais e, ainda, quando o processo decisório adotado advém de órgãos plurais, isto quando a decisão trazer benefício à pessoa jurídica.

Cada vez mais, os tribunais pátrios estão reconhecendo a possibilidade de imputar à pessoa jurídica crimes ambientais. Trata-se de uma tendência que há muito vem se solidificando, principalmente, no plano internacional. Cabe à dogmática penal se atualizar frente às novas demandas da sociedade. Faz-se necessária, portanto, a atuação do direito penal nas condutas lesivas ao meio ambiente praticadas pelas pessoas jurídicas. Assim, havendo a ofensa ao patrimônio cultural por parte do ente corporativo, caberão contra a pessoa jurídica e a pessoa física as sanções previstas na Lei n. 9.605 de 1998.

Por fim, confirmando essa tendência, o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, não só reconheceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica como rechaçou a teoria da dupla imputação, ou seja, admitiu a possibilidade de imputar o delito ambiental ao ente corporativo de forma isolada sem a coautoria ou participação da pessoa física, senão vejamos:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO

ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF, RE-PR nº 548.181/DF, Rel. Ministra Rosa Weber. DJ 30/10/2014).

## **5.6 O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio cultural**

Questão controversa em relação aos crimes contra o patrimônio cultural é sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nesses delitos. Esse princípio, afeito ao direito penal mínimo garantista, considera que as lesões mínimas ao bem jurídico devem ser ignoradas em virtude da falta de tipicidade material. Lecionando sobre o princípio da insignificância, Greco (2005, p. 96) afirma que:

Sob o enfoque minimalista, em visão equilibrada do Direito Penal, somente aqueles bens mais importantes, que sofrem os ataques mais lesivos e inadequados socialmente, é que podem merecer a atenção e a proteção do Direito Penal, pois caso contrário, estaríamos aceitando a tese, já debatida em tópico próprio, do Direito Penal Máximo.

Sob um enfoque garantista e do direito penal mínimo, o princípio da insignificância estabelece que apenas as condutas que levam a uma efetiva e real lesão ao bem jurídico protegido devem ter repercussão na seara penal. A respeito do tema, Toledo (1994, p. 133) faz as seguintes considerações:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a

introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância.

O princípio da insignificância é uma regra aplicável a quase todo o direito penal a partir do momento que uma ação humana leva a uma ofensa ínfima ao bem jurídico protegido. Dentro da dogmática penal, esse princípio, quando aplicável, leva a uma ausência de tipicidade material, excluindo assim a prática do crime.

A jurisprudência vem aplicando o princípio da insignificância em muitos delitos contra o patrimônio, quando se vislumbra que o patrimônio lesado ou vantagem indevida é de pequeno valor. Dando contorno à aplicação do referido princípio, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de *Habeas Corpus*, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo, estabeleceu os critérios para a aplicação da insignificância, como se verifica no seguinte trecho:

O postulado da insignificância que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal a presença de certos valores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a mínima periculosidade social da ação (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. (STF, HC-MG nº 98.152-6/DF, Rel. Ministro Celso de Melo. DJ 05/06/2009).

Observa-se que a Suprema Corte não se apoia apenas na mínima ofensa ao bem jurídico, mas também em critérios sociais como a periculosidade da ação e o grau de reprovabilidade da conduta. Tendo como pano de fundo essas questões, surge a indagação sobre a possibilidade do princípio da insignificância ser aplicado nos delitos contra o patrimônio cultural. Nesse caso, deve-se atentar primeiramente para o fato de que o bem jurídico a ser protegido não é individual, mas sim difuso. O patrimônio cultural pertence a todos de forma difusa, não podendo ser estabelecido e compartilhado de forma individual. Assim, tem-se a primeira dificuldade em aceitar a insignificância nesse tipo de delito. Segundo, considerar o desinteresse do Estado em condutas lesivas ao patrimônio cultural não é uma decisão aceitável, pois não está em jogo apenas a questão mobiliária, a questão patrimonial, mas também os valores da sociedade inseridos naquele acervo cultural. Com o mesmo entendimento, Miranda (2006, p. 208), argumenta que:

Outra questão para a qual gostaríamos de chamar atenção diz respeito à inaplicabilidade do chamado princípio da insignificância em sede de delitos cometidos contra o patrimônio cultural brasileiro. Como é sabido, a tutela dos interesses difusos, devido às características típicas e diferenciadas destes, exige um tratamento também diferenciado da criminalidade, o que implica em mudanças adaptativas profundas no sistema penal. Ora, os crimes que atentam contra bens protegidos ou ligados diretamente ao meio ambiente cultural são caracterizados por uma vitimização de massas ofendendo, direta ou indiretamente, círculos amplos que justificam uma maior preocupação por parte do Estado inclusive no que tange às futuras gerações, não sendo lícito, a nosso ver, a invocação do princípio da insignificância em caso tais.

Fazendo ainda uma análise sobre os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal referentes ao princípio da insignificância, é de se enfatizar que as condutas lesivas ao patrimônio cultural são se adequam a tais critério mesmo que a lesão seja ínfima. Há um grau elevado na reprovação da conduta quando se fala em ofensa a bens culturais. Tal conduta não pode ser desprezada.

É importante ainda salientar e deixar registrado que, no tocante ao meio ambiente natural, muitos tribunais pelo Brasil têm aceito a aplicação do princípio da insignificância em condutas lesivas ao meio ambiente natural, principalmente em relação à fauna. O que se discute é em relação ao meio ambiente cultural. Assim, considerando que o patrimônio cultural está inserido em contexto que vai além do patrimônio físico, já que incute valores da sociedade brasileira, conclui-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos contra tal patrimônio.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A construção da civilização humana está intrinsecamente ligada à prática da cultura. Como foi dissertado neste trabalho, toda a manifestação de consciência do ser humano pode ser identificado como cultura. Assim, o modo de viver, de se organizar, de sobreviver é um ato de cultura. Dessa forma, a história do ser humano como ser racional se confunde com a produção de um acervo cultural.

A importância da preservação do patrimônio cultural é essencial, pois está protegendo a essência do ser humano, sua história e suas origens. A cultura é a certidão de nascimento de uma civilização, é material genético que diferencia uma sociedade em relação a outra. Diante dessa importância, cabe a todos o dever de proteção desse bem tão valioso.

A construção do acervo cultural se faz no decorrer do tempo, os antepassados vão depositando as suas manifestações culturais em monumentos, obras de artes, registros documentais, costumes e principalmente pelo registro intelectual que se faz pela memória.

A memória é importante instrumento de conservação do patrimônio cultural, pois através dela se faz o elo entre o passado e o presente e se instiga uma reflexão para o futuro. Um povo sem memória é como se fosse um barco à deriva, uma sociedade sem rumo. A construção da história de um povo e de sua cultura se faz pela memória. Quem não tem memória não tem passado e quem não tem passado não tem origem.

Transportando essa realidade para o cenário nacional, a preservação da cultura em *terra brasilis* sempre foi uma constante, ou melhor o Brasil nunca tratou seu acervo cultural com a importância que deveria tratar. Primeiramente, vivemos em nossa formação como nação mais de trezentos anos de dominação portuguesa. O Brasil era terra de exploração, onde os europeus desembarcaram com o único intuito de retirar as riquezas naturais que aqui existem em abundância. Os habitantes que moravam no país não tinham uma consciência de formação de uma nova nação e muito menos se preocupavam em preservar a cultura local. O objetivo da coroa portuguesa nesses anos de colonização era a exploração de matérias-primas que abasteciam Portugal.

Com a fuga da família real portuguesa das guerras napoleônicas e a chegada de D. João VI ao Brasil, iniciou-se uma produção cultural com a vinda de vários artistas europeus, criando também a Biblioteca Nacional e universidades. Em 1822, com a independência brasileira a produção cultural foi intensificada no reinado de D. Pedro II, apreciador das artes em geral. Iniciada a república, o patrimônio cultural foi sendo construído e protegido na legislação brasileira, mas não de forma contínua, já que ficava à mercê da conturbada vida política brasileira.

É importante salientar que a história da política brasileira foi bastante conturbada e construída por golpes seguidos de golpes. O Brasil nunca experimentou um longo período de democracia e tranquilidade no cenário político. Tal fato traz grande repercussão no que diz respeito à proteção do patrimônio cultural. Em épocas ditatoriais, as manifestações culturais foram bastante restringidas, e o passado desvalorizado. Cultuava-se o esquecimento, o grupo político dominante fez questão de apagar da memória o passado, pois não tinha interesse o que havia existido antes da tomada do poder.

Tal prática era muito comum na história política brasileira, o que prejudicava muito a construção e a proteção do nosso acervo cultural. A valorização dos bens culturais é imperiosa independentemente do momento político. É um patrimônio de todos e não de grupo ou partido político. O patrimônio cultural é um instrumento de formação e unidade de um povo. É matéria-prima para a construção de uma nação, cabendo a sua proteção ser política de Estado e não de governo.

Importante deixar registrado é o avanço que a Constituição Federal de 1988 representa em relação à proteção do patrimônio cultural. Sob a névoa da democracia, o legislador constituinte, saindo da tradição de um conceito imobiliário de bens culturais, ampliou o conceito ao compreender que o patrimônio cultural é toda manifestação que valorize a identidade e a formação do povo brasileiro. Grande avanço, pois ampliou o leque de proteção não somente para bens materiais como também para bens imateriais. Elencou ainda outros instrumentos administrativos além do tombamento para a proteção do acervo de bens culturais, tais como: o inventário, o registro, a vigilância. Além disso, convocou toda a sociedade, tanto o poder público como o setor privado, para a proteção da nossa cultura.

Dessa forma, embasada nos conceitos de diversidade étnica, de valorização de todas as culturas e no ambiente democrático, a Constituição Federal entendeu que a proteção e a fruição do patrimônio cultural é um direito fundamental, cabendo ao Estado brasileiro a primazia na sua defesa.

Nesse cenário de valorização constitucional do patrimônio cultural, os operadores do direito foram convidados a refletir sobre o papel do direito penal na proteção desses bens jurídicos difusos. Ainda dentro desse contexto, necessária também é uma reflexão sobre a atual sociedade na qual vivemos, pois é nesse ambiente que as normas penais são aplicadas.

Como foi dissertado, vivemos em uma sociedade pós-industrial e globalizada na qual o mundo virou uma imensa aldeia global. As distâncias encurtaram, o trânsito e o intercâmbio de pessoas aumentaram, o consumo incontrolável de produtos industrializados tornou-se um



vício. O avanço da tecnologia e o aparecimento da internet criaram novos hábitos na sociedade.

Todavia, não só boas notícias trouxe esse mundo globalizado. A massificação de informações produzidas pela mídia e o aumento do uso da tecnologia no dia a dia das pessoas trouxe uma enorme sensação de medo e insegurança. Viver tornou-se algo muito perigoso. As pessoas, cada dia mais, vivem ansiosas e com uma sensação permanente de que algo ruim pode acontecer. A dependência da tecnologia também trouxe insegurança. Andar de metrô, utilizar um elevador, voar em um avião, comer alimentos transgênicos, tudo isso traz um desconforto e uma insegurança nesse ambiente tumultuado em que vivemos.

É nesse cenário que se apresenta o direito penal, pois novas demandas são trazidas a ele pela sociedade. Assim, novas criminalizações são elaboradas em virtude do aparecimento dessa sociedade, denominada pelo sociólogo Ulrich Beck, de sociedade de risco. É inegável e disso não se pode fugir que em virtude dessa sociedade pós-industrial tão complexa houve uma expansão do direito penal. O surgimento de condutas extremamente perigosas que poderiam ofender a integridade física, o patrimônio e a saúde de um número indeterminado de pessoas levou ao legislador a uma nova política criminal, elaborando novos delitos que pudessem combater tais condutas com sanção criminal.

Com expansionismo penal, surgiram duas frentes de debate: a primeira, apegada a um direito penal mínimo mais legalista e garantista, defende o fundamento de que não cabe ao direito penal a função de combater essas novas demandas, apresentadas pela sociedade de risco. Vigora-se o princípio da *ultimaratio*. São defensores desse posicionamento Claus Roxin, Luigi Ferrajoni e Hassemer, sendo que este último defende a ideia da criação de um novo direito: o direito de intervenção para o enfrentamento dessas novas condutas.

De outro lado, há a corrente que defende um direito penal máximo, o movimento de “lei e ordem”, que sustenta que cabe ao direito penal atuar de forma firme no combate a essas novas delinquências. Tal movimento apoia a elaboração de delitos com sanções extremamente altas e o incremento das penas privativas de liberdade. Exemplo desse movimento é o funcionalismo de Jakobs.

Longe de rechaçar por completo qualquer dessas teorias, pois há uma possibilidade de consenso, é importante uma reflexão sobre o que se espera do direito penal. Qual direito penal a sociedade espera? Um direito penal máximo, no qual se estabelece um controle absoluto na atividade humana ou um direito penal mais voltado à garantia dos direitos do cidadão e limitador de arbitrariedade do Estado.

Dessa reflexão surgem algumas demandas que não podem ser negligenciadas. Primeiro, o expansionismo penal é uma realidade. A sociedade está em intensa evolução, cabendo ao direito penal adequar e criar novos tipos penais para o combate da nova criminalidade. A segunda questão é que a dogmática clássica penal é bem propícia aos crimes tradicionais previstos no Código Penal, mas não está preparada para delitos que têm como objetivo a proteção de bens jurídicos difusos, tendo vítima um número indeterminado de pessoas.

Fica evidente que em tais delitos se faz necessária a adaptação ou a evolução da dogmática penal, pois está ultrapassada no sentido de combater as novas criminalizações com conceitos e princípios construídos para delitos que têm uma dimensão individualizada, tais como: homicídio, furto, roubo, estupro etc.

Entretanto, delitos como crimes contra o sistema financeiro, organização criminosa, delitos ambientais, narcotráfico requerem uma adaptação da dogmática penal para efetivar o combate a essas condutas. Cabe uma política criminal mais flexível com o objetivo de dar instrumentos mais eficazes aos órgãos de persecução criminal para que possam efetivamente proteger os bens jurídicos difusos afetados pelos delitos acima mencionados.

Nesse sentido, e apoiado numa proposta de revitalização da dogmática penal, surge uma teoria que, de certa forma, traz um consenso entre um direito penal máximo e mínimo. Adepto ao expansionismo penal, o jurista Jesús María Silva Sánchez propõe a teoria do direito penal de duas velocidades. Esse pensamento estabelece um direito penal em duas frentes, em duas dimensões. A primeira seria um direito penal mais clássico, apegado aos princípios clássicos da dogmática penal, impondo ao autor do delito uma pena privativa de liberdade.

Já o direito penal de segunda velocidade seria um direito mais flexível, tanto na questão principiológica, quanto das regras penais. As sanções seriam pecuniárias ou restritivas de direito. Para os delitos clássicos, serviria o direito penal de primeira velocidade, já que o que está em jogo é liberdade do autor. Já os delitos oriundos do expansionismo penal seriam afeitos ao direito penal de segunda velocidade, sendo mais fácil o seu enfrentamento pela flexibilidade das normas penais.

Essa teoria apresentada por Silva Sánchez, de certa modo, traz um consenso no que diz respeito ao que se espera do direito penal em face das novas demandas surgidas na sociedade de risco. Transportando para objetivo deste trabalho, qual seja, a discussão em torno da defesa por parte do direito penal ao patrimônio cultural, é perfeitamente possível sua efetividade, desde que haja uma adaptação da dogmática penal a essa nova realidade.

É consenso a importância do patrimônio cultural para uma sociedade. Trata-se ele de um bem jurídico difuso, que merece proteção do direito penal. Mas a efetividade dessa proteção passa por uma adequação da dogmática penal. Essa adequação transitória, por que não, pela incorporação da teoria do direito penal de duas velocidades por parte da dogmática penal.

Delitos contra o meio ambiente, aí inserido o meio ambiente cultural, ficariam a cargo do direito penal de segunda velocidade, mais flexível, não impondo ao autor uma pena privativa de liberdade, mas uma restritiva de direito ou uma pena pecuniária.

A criminalidade ambiental é totalmente diferente daqueles delitos próprios do código penal. O que se espera do autor do delito ambiental é a reparação do dano, ou seja, a volta do *status quo* do ambiente afetado e não sua prisão no primeiro momento. Pode-se questionar se outros ramos do direito, como o civil ou o administrativo, não cumpriram essa função mais efetivamente. Não necessariamente, pois o direito penal traz consigo uma carga simbólica e poder de coação muito maiores que outros ramos do direito. Uma ação penal com uma possibilidade, ainda que remota, de uma sanção penal traz para o autor um receio muito maior do que a possibilidade de uma sanção na esfera civil ou administrativa.

Assim, diante de todo o exposto, cabe sim a tutela penal do patrimônio cultural. É necessário que a dogmática penal seja rejuvenescida e adaptada aos novos tempos. A efetividade penal passa por essa transformação, cabendo assim uma nova política criminal que objetive o divórcio com o passado e um olhar renovado para o futuro.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antônio da Silva. Sociedade de risco e Estado de Direito diante da hermenêutica do direito penal: resolução de casos difíceis na busca de respostas corretas, frente a um modelo de segurança cidadã voltado para o Direito Penal do Inimigo. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 4, p. 1-24, 2008.

ANDRADE, Andressa Paula; FERREIRA, Pedro Paulo. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 24, v. 123, p. 17-62, set. 2016.

ANDRADE, Mario. **Macunaíma**. Jandira: Ciranda Cultural, 2016.

BECH, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: Um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 25**, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 3.924**, de 26 de julho de 1961. **Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3924.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre o Juizado Especial Civil e Criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 01 maio 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.408**, de 25 de maio de 2011. Altera o art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12408.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12408.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso: 01 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 564.960/SC**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 13 de junho de 2005. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+564.960+SC>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 115599/RS**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 27 de junho de 2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19656863/recurso-especial-resp-115599-rs-1996-0076753-0-stj/certidao-de-julgamento-19656866?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 3540/DF**. Relator: Celso de Melo. Brasília, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 98.152-6/MG**. Relator: Celso de Melo. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_98.152\\_Ementa\\_Acordao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_98.152_Ementa_Acordao.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181/Paraná**. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4026232>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORRÊA LUZ, Yuri. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

COSTA, Beatriz Souza *et al.* **Patrimônio cultural e sua tutela jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Ricardo Silva. **O meio ambiente digital e a defesa do patrimônio cultural brasileiro: a poluição visual nos conjuntos urbanos de valor histórico**. São Paulo: Fiuza, 2012.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUREAU, Sandra *et al.* (Coords.). **Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Lei de Crimes Ambientais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

GRAGNANI, Juliana. Doria sanciona lei contra pichação e barra até grafites não autorizados. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 fev. 2017. Caderno Cotidiano, p. 6.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005.

GUIMARÃES, Bergson Cardoso *et al.* **Patrimônio cultural: fundamentos ético-filosóficos para a preservação dos bens culturais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HASSEMER, Winfred. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Campinas: Unicamp, 1990.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A fluidez do bem jurídico patrimônio cultural e o crime de dano ambiental culposo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 146, jan. 2005. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/2898-A-fluidez-do-bem-juridico-patrimonio-cultural-e-o-crime-de-dano-ambiental-culposo](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2898-A-fluidez-do-bem-juridico-patrimonio-cultural-e-o-crime-de-dano-ambiental-culposo)>. Acesso: 07 maio 2017.

MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTÍN, LuisGracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. **Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MOURÃO, Henrique Augusto. **Patrimônio cultural como um bem difuso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PEREZ, Luna Castro Alves. Semana de Arte Moderna. **UOL**: Mundo Educação, São Paulo, s.d. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/literatura/a-semana-arte-moderna.htm>>. Acesso: 20 maio 2017.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 11, p. 178-198, abr./jun. 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRESOTO, Zélia Maria Neves; MARCONI, Marina de Andrade. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos**: na ordem internacional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei hedionda dos crimes ambientais. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 06 abr. 1998. Caderno Tendência/Debates, p. 3.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; COELHO, Ariadne Elloise. Leis Penais em Branco no Direito Penal Ambiental: A (IN) Compatibilidade entre os princípios constitucionais penais e o Bem Jurídico Protegido. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2017, Curitiba, **Anais...** Curitiba: CONPEDI, 2017. p. 141-159.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; PAULON, Luiz Otávio Braga. Direito penal francês: uma abordagem descritiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica para fins de tutela do meio ambiente e de bens jurídicos difusos. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul/RS, v.3, n. 2, p. 275-301, 2013.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SENESI FILHO, Pier Giorgio. Apontamentos sobre a importância da tutela penal do ambiente. **Argumentum**, Marília/SP, n. 15, p. 307-325, jan./dez. 2014.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 23, v. 112, p.33-40, jan./fev. 2015



- SALVADOR NETTO, AlamiroVelludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: QuartierLatin, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SANTOS, Daniel Leonhardt. Ofensividade e Bem Jurídico-Penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao Bem Jurídico-Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 24, v. 121, p.15-50, jul. 2016.
- SANTOS, Rafael Padilha; STAFFEN, Márcio Ricardo. O fundamento cultural da Dignidade da Pessoa Humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 263-288, maio/ago. 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOARES, Inês Virgínia Prado; QUINALHA, Renan Honório. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SOUZA, Luciano Anderson. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.
- STURM, André. A arte e o cidadão. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 28 jan. 2017. Caderno Tendência e Debates, p. 03.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminalnegocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- WEZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003.
- WUNDERLICH, Alexandre. Do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela lei 9608/95 no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 23, v. 114, p. 203-221, maio/jun. 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.