

DA COLÔNIA AO COLONIZADO: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

DE LA COLONIA AL COLONIZADO: UNA ANALICE DEL SISTEMA DE TUTELA DEL PATRIMONIO CULTURAL IN EL BRASIL E IN PORTUGAL.

Michael Schneider Flach¹

RESUMO

Considerando-se o histórico e as relações decorrentes da colonização, o artigo analisa as conexões entre os sistemas de proteção do patrimônio cultural no Brasil e em Portugal, em especial dirigidas ao bem material edificado, verificando as disposições legais em favor da tutela do bem jurídico em pauta. Tomamos por base o art. 216 da Constituição Federal Brasileira e os artigos 9º e 78 da Constituição da República Portuguesa, nos valores e princípios por eles representados e irradiados. No campo penal, são analisados os principais delitos previstos nas respectivas normas, de modo a se verificar se efetivamente cada sistema está cumprindo com o mandamento constitucional de proteção do patrimônio cultural.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Legislação. Delito. Proteção.

RESUMEN

Considerando el histórico y las relaciones que van a discurrir de la colonización, el artículo analiza las conexiones entre los sistemas de protección del patrimonio cultural in el Brasil e in Portugal, in especial dirigidas al bien material edificado, verificando las disposiciones

1 Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1996/7), cursou a Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e a Escola Superior do Ministério Público (FMP). É Especialista em Direito Penal Contemporâneo pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É Diretor da Revista do Ministério Público/RS, Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas da Fundação Escola Superior do Ministério Público desde 2009. Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional da UFRGS. Professor dos Cursos de Especialização em Direito Ambiental e Urbanístico, em Direitos Difusos e Coletivos, e em Direito Penal e Processo Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Associado Fundador do Instituto Eduardo Correia (IEDC: Ciências Criminais, Direito Constitucional e Filosofia do Direito). Sócio Correspondente do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Membro Associado da ABRAMPA (Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente). Ingressou no Ministério Público em 1998 como Promotor de Justiça. Possui experiência teórica e prática nas áreas de Direito Penal, Processo Penal, Tribunal do Júri, Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais, Direitos do Idoso, da Pessoa com Deficiência, Infância e Juventude, bem como Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural.

legales in favor da tutela del bien jurídico in pauta. Tomamos por pase el art. 216 de la Constitución Federal brasileira y los artículos 9º e 78º de la Constitución de la Republica Portuguesa, en los valores e principios por ellos representados e irradiados. En el campo penal son analizados los principales delitos previstos en las respectivas normas, de modo a se verificar se efectivamente cada sistema está cumpliendo con col el mandamiento constitucional de protección del patrimonio cultural.

Palabras-clave: *Patrimonio Cultural. Leyes del Brasil e de Portugal. Deberes de Protección. Bien Jurídico. Constitución e Derecho Penal.*

INTRODUÇÃO

Em seu art. 216, a Constituição Federal brasileira conceitua o patrimônio cultural, determina a sua proteção e ordena que os ataques e ameaças contra eles sejam punidos na forma da lei. Por sua vez, o art. 9º, alínea “e”, da Constituição Federal portuguesa preconiza como tarefa fundamental do Estado proteger e valorizar o seu patrimônio cultural.

A tutela penal é exercida em ambos os ordenamentos, sendo que o lusitano possui catálogo legislativo próprio de proteção do bem jurídico em pauta, contando com previsões no seu Código Penal e em leis especiais. A partir do que, e dentro de uma abordagem de pesquisa bibliográfica, será realizada uma breve análise do sistema jurídico e penal de proteção do Patrimônio Cultural no Brasil e em Portugal, aferindo se o poder público fornece uma tutela eficiente para tal bem jurídico, se os níveis protetivos estão de acordo com o mandamento constitucional e se os mesmos revelam-se proporcionais frente a outras categorias, como o tipo de proteção conferida ao bem jurídico “patrimônio”.

1 BREVE HISTÓRICO NACIONAL

Ao longo da trajetória mundial dos sistemas legais, desde os idos do Código de Hamurabi e das Leis das XII Tábuas, observamos vários dispositivos preocupados com a proteção dos patrimônios público e privado,² enquanto os institutos ligados aos bens culturais possuem uma existência bem menos antiga.

Na época do Brasil Colônia, sob a égide do Código Filipino, das Ordenações do Reino, encontramos nos títulos 64, 86 e 87 tipos que preveem

2 SARONI Fernando; DARÓS Vital. *História das civilizações*. São Paulo: FTD, 1979, p. 18, apontam o Código Hamurabi como, provavelmente, o mais antigo do mundo, o qual já sancionava o dano patrimonial. Ainda, ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 252, anota que a Lei Romana punia o crime de dano patrimonial por dolo e culpa.

as condutas e as penas do dano praticado contra o patrimônio. Por sua vez, durante o período expansionista, por meio do Alvará de 28 de agosto de 1721, da lavra de D. João, Rei de Portugal, identificamos uma das primeiras medidas de zelo para com o patrimônio histórico e cultural, consistente em proibir que fosse desfigurado ou destruído, no todo ou em parte, qualquer edifício ou monumento que se mostrasse ser dos tempos dos Fenícios, Gregos, Persas, Romanos, Godos ou Arábicos.³

Com efeito, um dos primeiros e mais importantes atestados de zelo para com o nosso patrimônio cultural foi a missiva subscrita por D. André de Melo e Castro em 1742, e enviada ao então Governador de Pernambuco, no qual expõe sobre os temores as necessidades para com a preservação de alguns edifícios históricos, entre eles o Palácio das Duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau.⁴

Após a independência, surge em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil, o qual previa entre os crimes contra o “Thesouro Publico e a propriedade publica”, ao tipificar: “Art. 178. *Destruir, abater, mutilar, ou danificar monumentos, edificios, bens públicos ou quaesquer outros objetos destinados à utilidade, decoração, ou recreio publico*”.⁵

Entretanto, tais questões sofreriam uma notável alteração no seu rumo, a partir dos movimentos de valorização da arte e da cultura brasileira, desencadeados pela Semana da Arte Moderna de 1922; o advento do Decreto nº 15.596/1922, o qual instituiu o Museu Histórico Nacional, com a finalidade de angariar, classificar e expor objetos de importância histórica, e o Decreto nº 22.928/33, o qual erigia a cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, a categoria de “Monumento Nacional”, firmando importante marco significativo na área.⁶

3 CARVALHO, Paulo. *Patrimônio cultural, ordenamento e desenvolvimento: uma nova visão e valorização do território*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, p. 18, aduzindo ter sido articulado pela Real Academia de História, fundada em 1720, para retratar a história secular e zelar pelos monumentos, estando aí a gênese do sistema luso de proteção do patrimônio cultural.

4 PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 29.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 257, de acordo com a grafia original. Igualmente o Código Penal de 1890 que, nos artigos 326 a 329, arrola o dano entre os Crimes contra a Propriedade Pública e a Particular.

6 RODRIGUES, José E. Ramos, *Evolução da proteção do patrimônio cultural*. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, *Revista de Direito Ambiental*, ano 3, nº 11, São Paulo: RT, jul.-set. 1998, p. 28; e FLACH, Michael Schneider, *Panorama sobre a evolução histórica dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural*, *Revista do Ministério Público RS*, Porto Alegre, nº 80, mai.-ago., 2016, p. 44.

Após a Revolução de 1930, e diferente das Constituições de 1824 e 1891, preocupadas em consagrar o direito à propriedade privada, a Carta de 1934 estabelecia no art. 10, III, a competência comum da União e dos Estados de “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão das obras de arte”.

Porém, os instrumentos mais importantes seriam instituídos no ano de 1937. Primeiro, a nova Constituição Federal determinava no seu artigo 134 que os “monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios”. E mais, que os “atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

A seguir, em 30 de novembro de 1937, era promulgado o Decreto-lei nº 25, o qual “Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, que logo no art. 1º determina que constitua o “patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, em virtude do seu vínculo a fatos memoráveis da história do Brasil, ou pelo “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”⁷ Exemplo vivo no Rio Grande do Sul de aplicação prática, ocorreu em 1938, quando foi tombado pelo IPHAN o Sítio Arqueológico de São Miguel das Missões, remanescente dos chamados “Sete Povos das Missões”, o qual em 1983 foi declarado pela Unesco como Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da Humanidade.

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

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

7 Sobre o tema, BORGES, Marco Antônio. O tombamento como instrumento jurídico para a proteção do patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, 2001, nº 22, p. 261; e MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do tombamento comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

2 PROTEÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Em termos de instrumentos de direito civil e administrativo para a proteção do patrimônio cultural, temos o “tombamento” (artigos 4º a 21 do Decreto-lei 25/1937); a “desapropriação” (art. 19, § 1º, do DL 25/1937, art. 5º, “k”, do Decreto-lei nº 3.365/41 e art. 2º, VIII, da Lei nº 4.132/62); o “registro” (Lei nº 3.924/1961 e Decreto nº 3.551/2000), e o “inventário” (art. 1º, I, da Lei nº 6.513/1977), além de mecanismos previstos pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, XII, da Lei nº 10.257/2001), como o “zoneamento cultural”, a função social do propriedade no art. 1228 do Código Civil e o Decreto Legislativo nº 74/1977.⁸

Para viabilizar o manejo dos referidos institutos, a Lei nº 7.347/1985 disciplina o inquérito civil e a ação civil pública, como forma de proteger o meio ambiente e “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.⁹ Contudo, a previsão mais importante decorre do art. 216 da Constituição:

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. [...]

8 O DL 74/1977 recepciona a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural aprovada pela Conferência Geral da Unesco, aprovada em Paris em 1972, cujo art. 4º prevê a obrigação estatal de “identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural”.

9 Para aprofundar, vide MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e PAULO, Laura Dias Rodrigues. *A Participação popular no processo de eleição de bens culturais*. Limeira: Conhecimento, 2020.

§ 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.

A partir disso, a tutela do nosso patrimônio cultural aproxima-se de padrões internacionais, abrangendo bens materiais e imateriais, seja de modo individual ou coletivo. Não se restringindo apenas a conceitos de história e cultura, mas vislumbrando o valor sociológico. Não mais exigindo que o objeto seja de excepcional valia, mas observando a sua condição de portador “de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores” da sociedade. Igualmente, fora ampliado o leque dos meios de proteção,¹⁰ não mais restritos só ao tombamento, mas ora integrados por “inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação” e “outras formas de acautelamento e preservação”.

Tais inovações bem demonstram o espírito do constituinte em prestigiar os bens culturais por via de vários instrumentos de tutela, cercando-os do máximo zelo e consciência possíveis. Ademais, a missão de promover e proteger o patrimônio cultural agora cabe tanto ao Poder Público como à comunidade, o que inclusive vem ao encontro do disposto no art. 23, III, IV e V, da CF, o qual estabelece ser comum a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, e proteger o meio ambiente (art. 225).¹¹

Por sua vez, do ponto de vista penal, tal proteção encontra-se atualmente contemplada na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dentro do Capítulo V, que cataloga os delitos ambientais, na sua Seção IV “Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”, nos artigos 62 a 65, destacando-se o seguinte:

10 Preocupante são o Projeto de Lei do Senado 236/2012, no novo Código Penal, art. 163, IV, no qual se exige para configurar crime de dano que o bem seja tombado, com pena de 6 meses a 3 anos, e o atual PL 2396/2020. Ver FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a proteção do patrimônio cultural no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 78, set.-dez., 2015, p. 10-11.

11 FLACH, Michael Schneider. A intervenção estatal no direito de propriedade e a salvaguarda de bens culturais. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, ano V, nº 18, jun., 2018, p. 138-40; FLACH, Michael Schneider. Patrimônio cultural, proteção e meio ambiente. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul: Plenum, nº 12, set.-dez., 2015, p. 218-31.

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.

Trata-se de crime de ação múltipla, com três verbos nucleares alternativos (destruir significa demolir; inutilizar é tornar inútil, e deteriorar é danificar), punido na modalidade dolosa e culposa, podendo ser praticado pela realização de um fazer ativo, assim como pela inação do garante, o que caracterizará a omissão imprópria.

Assim, comete o delito não apenas quem diretamente destrói o bem, como também o proprietário que se omite em realizar obras de reparo e conservação da coisa tombada, abandonando-a às intempéries, acarretando sua deterioração. Aqui, o objeto jurídico tutelado é preservar o patrimônio cultural nas suas várias formas e o fito penal é o bem protegido.¹²

Entretanto, salienta-se que, para configurar o delito, o bem objeto de dano deverá estar especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Trata-se aqui de uma norma penal em branco, cujo comportamento proibido está enunciado, mas a conduta punível necessita ser complementada por outra fonte, trazendo como vantagens a sua fácil adaptação a questões temporais e estruturais, no que diz respeito ao órgão ou ao instrumento do qual emanará o respectivo ato de proteção.¹³

No caso, podem servir de fonte de integração todas as manifestações normativas, sejam elas oriundas dos Poderes do Estado, em qualquer dos níveis em que se reparte a estrutura federativa, de acordo com as respectivas competências (artigos 24, VII, VIII, e 30, IX, da CF), além da

12 FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, p. 89; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2005, p. 496; FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 199-200; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – Alguns Aspectos. *Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público da Defesa do Patrimônio Cultural*, Goiânia, 2003; COSTA JÚNIOR, Paulo José; MILARÉ Édís. *Direito penal ambiental*. Comentários à lei nº 9.605/98. Campinas: Millenium, 2002; p. 179; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 771; e SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

13 FLACH, Michael Schneider. *Dos delitos contra o patrimônio cultural e o ordenamento urbano na lei dos crimes ambientais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 55.

própria decisão do Poder Judiciário.¹⁴ Fazendo com que mesmo leis municipais, decretos estaduais e sentenças de primeiro grau que conferirem proteção já integrem a norma para fins de caracterizar o delito.

Ainda, tutela arquivo, registro, biblioteca, pinacoteca, instalação científica, museu e outras estruturas *similares*, mas desde que protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial (art. 216, III, IV e IV, da CF), numa ampla forma de proteção, que passa por objetos, edificações, áreas naturais, documentos, espaços, obras, etc. Aqui, também representada está uma modalidade de interpretação analógica *intra legem*, um critério permissivo dado pelo Legislador, o que é diverso da analogia, cuja fórmula genérica permite a extensão da norma incriminadora às hipóteses semelhantes às expressamente mencionadas no mesmo tipo penal.¹⁵

Em termos práticos, podemos visualizar o exemplo de um prédio tombado por lei municipal e que vem a ser destruído para a construção de outro mais moderno, por ordem de seu proprietário, cansado da sua conservação e ansioso por obter lucros. Ou mesmo o dono que vem a demolir imóvel protegido em virtude de decisão judicial.¹⁶ Quanto ao elemento subjetivo, pode decorrer da forma dolosa, que se revela tanto no seu modo direto como no eventual, oriundo da vontade livre e consciente de causar dano ao bem que sabe ser protegido, ou assumindo o risco de produzi-lo. Também é possível que o ilícito ocorra de forma culposa, não intencional,

14 DESTRUIÇÃO DE IMÓVEL ESPECIALMENTE PROTEGIDO POR DECISÃO JUDICIAL. Acusada que, após receber ordem judicial – expedida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público com vistas a preservar imóvel de interesse histórico e arquitetônico, de sua propriedade – impedindo a alteração das características do imóvel, cuida de providenciar imediatamente a demolição do prédio [...] A proteção estabelecida pela Lei nº 9.605/98 tem por objetivo resguardar o bem objeto de interesse enquanto a questão não é solucionada definitivamente, daí porque o descumprimento de qualquer decisão judicial, mesmo aquela de natureza cautelar, basta para caracterizar o tipo previsto no artigo 62, inciso I, da Lei nº 9.605/98. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Crime 990.08.078392-0, 5ª Câmara Criminal, Relator: Pinheiro Franco, j. 12/02/2009).

15 Como por exemplo, um centro cultural. Nessa linha, ver TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27, sobre a “interpretação extensiva ou analógica”; e HASSMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005, Trad. Pablo Alflen, p. 356.

16 Aqui, o sujeito ativo é o proprietário que determinou a destruição, o qual poderá ser um particular, ou uma pessoa jurídica (direito privado ou público), dependendo da titularidade sobre o imóvel. Também será possível o concurso de agentes, como o proprietário e terceiro, que unindo esforços e vontades pretendem demolir o prédio para edificar um novo; o que ainda poderá envolver o concurso entre pessoas física e jurídica. Já o sujeito passivo, o qual não pode se identificar com o ativo, poderá ser um coproprietário (desde que sem qualquer participação, nem ciência dos atos demolitórios), o possuidor, o Poder Público que tombou o imóvel, além da sociedade que estará privada do objeto, do qual o significado e a importância foram reconhecidos no ato de tombamento.

por conta de negligência, imprudência ou imperícia do causador do dano.

O delito é de natureza instantânea, consumando-se com a deterioração, inutilização ou destruição do bem protegido. É possível a tentativa na forma dolosa, quando o autor não consegue causar o dano próprio do tipo por fatores alheios à sua vontade. Como na hipótese de iniciada a ação ocorrer a intervenção do Poder Público, momento no qual os atos já estejam em curso e o bem protegido esteja sendo atacado, mas ainda não tenha sido destruído, inutilizado ou deteriorado, indo além dos atos preparatórios e desistência ou arrependimento.¹⁷

Por fim, importante destacar que o incêndio do Museu Nacional no Rio de Janeiro, ocorrido em setembro de 2018, configura o delito do art. 62, pois tanto a edificação quanto partes do acervo, são tombadas pelo IPHAN desde 1938. Assim, independente das suas causas envolverem dolo ou culpa, ação ou omissão, tal crime deve ser apurado na esfera Federal, responsabilizando-se pessoas físicas e jurídicas.¹⁸ Na medida em que causaram, contribuíram ou se omitiram nos deveres e cuidados, daí decorrendo a destruição de bens materiais protegidos por tombamento.

3 PROTEÇÃO NO SISTEMA PORTUGUÊS

A questão da tutela dos bens culturais já figurava na Constituição portuguesa de 1911, sendo reprisada na atual Carta de 1976, no artigo 9º, como *tarefa fundamental do Estado* a de “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território”; o que é reforçado no seu art. 78:

Artigo 78º – Fruição e Criação Cultural

1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.
2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: [...]
- c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;

17 FLACH, Michael Schneider. O delito do art. 62 da lei dos crimes ambientais enquanto dano ao património cultural. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul: Plenum, v. 9, nº 25, jan.-abr., 2020, p. 201-5.

18 FLACH, Michael Schneider. Crime e dano ao património cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 85, ago.-set., 2019, p. 87-93.

Tal preceito constitucional vincula o poder público, inclusive por força do próprio art. 18 da sua Carta Magna¹⁹, de modo que o sistema jurídico deve estar conformado com o objetivo de cumprir o mandamento da lei maior.

Entre os principais instrumentos para adimplir tal dever, temos o Decreto-Lei nº 209/2009, referente ao procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural e ao regime das zonas de proteção, bem como a Lei nº 107/2001, a qual estabelece as bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural.

Esta prevê, no seu art. 3º, alínea 2, o dever de o Estado proteger e valorizar o patrimônio cultural como *“instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais”* (sic).

Por sua vez, a conceituação deste patrimônio é fornecida pelo art. 14, considerando-se bens culturais os móveis e imóveis que “representem testemunho material com valor de civilização ou de cultura”, sendo extensível, naquilo que for compatível, “aos bens naturais, ambientais, paisagísticos ou paleontológicos.”

Para fins de maior proteção, a Lei 107/2001 previu a aplicação do Código Penal e dos crimes específicos enumerados nos seus artigos 101²⁰, 102²¹ e 103º como a seguinte:

Artigo 103º – Crime de Destruição de Vestígios

Quem, por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a presente lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

19 Artigo 18º. Força Jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

20 Artigo 101º. Crime de deslocamento. Quem proceder ao deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, fora das condições referidas no artigo 48.º, é punido com pena de prisão até 3 anos [...].

21 Artigo 102º. Crime de exportação ilícita. 1 - Quem proceder à exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos n.os 2 ou 3 do artigo 65.º, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 - Em caso de negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias.

Analisando-se este, verifica-se tratar de crime punível a título de dolo e que encerra uma norma penal em branco, na qual é necessário recorrer a outros dispositivos “para concretizar a previsão típica e dotar os seus conceitos de significado normativo-prático”. A conduta pode ser praticada tanto por ação como por omissão – aqui, nas hipóteses de o agente possuir dever de proteção ou de agir frente a uma fonte de perigo.²²

Contudo, a tutela penal não se limita apenas a tais dispositivos, sendo impulsionada pelo Código Penal, ao prever as formas de crimes de dano, cujas penas são majoradas²³ caso sejam praticados com violência ou ameaça contra a pessoa:

Art. 213º – Dano Qualificado.

1 - Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável: [...]

d) Coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação; ou [...]

é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia:

a) De valor consideravelmente elevado;

b) Natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sob protecção oficial pela lei;

c) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público; [...]

é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Aqui, não se trata propriamente de uma proteção ao direito de propriedade, mas, sim, ao patrimônio cultural e de forma direta, frente aos bens classificados ou em vias de classificação (o que demonstra o zelo do legislador ao antecipar o uso das barreiras penais).²⁴ Trata-se de delito do-

22 NEVES, Antônio Brito. Tutela Penal do Patrimônio Cultural. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 4, 2016, p. 155-8.

23 Art. 214º Dano com Violência. 1 - Se os factos descritos nos artigos 212º e 213º forem praticados com violência contra uma pessoa, ou ameaça com perigo iminente para a vida ou a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, o agente é punido: [...] b) No caso do artigo 213º, com pena de prisão de 3 a 15 anos;

c) Se do facto resultar a morte de outra pessoa, com pena de prisão de 8 a 16 anos. 2 - As penas previstas no número anterior são aplicáveis a quem utilizar os meios nele previstos para, quando encontrado em flagrante delito de dano, continuar o acto criminoso.

24 Na lei 107/2001, os artigos 20 e 21 preveem os direitos e deveres especiais dos detentores. O dever de comunicação das fontes de perigo e das medidas para a salvaguarda constam dos artigos 32 e 33. E o art. 31 determina que *tudo o bem classificado como de interesse nacional fica*

loso, cometido por ação ou omissão, como na hipótese do proprietário que viole o seu dever de conservação e cuidado.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO

A relevância da questão ambiental na ordem jurídica presente e a urgência de intensificar-se a conservação e a defesa do amplo patrimônio natural justificam a tutela penal dos bens culturais.²⁵ A partir disto, o meio e o ambiente cultural foram reconhecidos como bens jurídicos de caráter supraindividual, difuso e adequados ao livre desenvolvimento do ser humano, visando à proteção e à melhora de sua qualidade de vida, mormente pelo fato de que a degradação ambiental e a perda do patrimônio cultural atingem incontável número de pessoas, enquanto a preservação de ambos beneficia tantas outras.²⁶

De onde, formou-se o aparato protetivo em torno do patrimônio cultural, inserido em decorrência dos seus valores ligados à memória, à identidade nacional, à soberania, à construção da cidadania ao futuro do homem, às formas de expressão deste e inclusive aos componentes estéticos. Na espécie, a legitimação da tutela penal dos bens culturais não está dirigida para o enfoque da *propriedade* (individual), mas, sim, para a *função social* (coletivo) do objeto e a sua representatividade, a qual assume caráter imaterial e suprapatrimonial, versando sobre bens jurídicos de teor fundamental e que requerem tal intervenção.

Em virtude disso, a importância das citadas categorias conduziu os bens culturais ao reconhecimento e à previsão específica na Carta Magna, vindo a outorgar-lhes formas mais amplas de reconhecimento e de tutela, indo muito além do tradicional tombamento. Como um dos principais efeitos das circunstâncias referidas, tem-se que agora os objetos culturais de caráter especial passam a gozar de uma proteção mais larga e especificada, de modo a contar com tipos penais próprios mais específicos, os quais su-

submetido a especial tutela do Estado.

25 PIRES, op. cit., p. 279, “o patrimônio cultural brasileiro constitui-se das riquezas absorvidas pelo universo cultural, seja de forma material ou imaterial, seja de domínio público, privado ou eclesástico, apresentando-se tanto individualmente como em conjunto, em virtude do seu valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico, com formas de proteção definida em lei.”

26 MILARÉ, op., cit., p. 180-6; PRADO. Luiz Regis *et al.* Crimes contra o patrimônio cultural. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 4, p. 165, jan., 2006. Para HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente pelo direito penal. Trad. Carlos Vanconcelos, *Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT*, Brasília, ano 6, n° 12, p. 213-28, 1998, “é indiscutível que o direito penal deva continuar a garantir a tutela dos bens jurídicos clássicos, cuja integridade é também alvo de ameaça por força dos atentados contra o meio ambiente.”

peram as pretéritas e já defasadas figuras inscritas no Código Penal.

Portanto, não resta dúvida sobre a legitimidade e a exigência da proteção penal, de todo adequada, necessária e proporcional na forma com que está contemplada. E, tudo, para que haja uma tutela suficiente e eficiente de tais categorias, cujo largo valor e interesse absoluto não são apenas do tempo presente, mas vêm projetados por meio do passado e se irradiam para o futuro. Para melhor compreender o bem jurídico que a norma penal tutela, ao proteger o patrimônio cultural, cumpre explanar alguns conceitos e lições. Contudo, adverte-se que o rol ora apresentado se inscreve a título expositivo, sem a pretensão de esgotar a matéria, ou mesmo preterir, de forma direta e terminativa, algum conceito em relação a outro.

Para Mir Puig, o bem jurídico será só aquilo que mereça ser protegido pela lei penal; que o seu conceito capaz de limitar o legislador não deve ser buscado na realidade naturalística, nem na valoração subjetivo-moral; mas no terreno do social, para o correto funcionamento dos sistemas sociais e as concretas possibilidades de participação dos indivíduos. E, por fim, no fundamento funcional dos limites do *jus puniendi* está a defesa da sociedade, de modo que ele não pode ser exercido além do absolutamente necessário, dentro dos princípios da natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, bem como a proteção penal só pode se estender a bens jurídicos.²⁷

Sendo que para Roxin a matriz do bem jurídico repousaria nos princípios da lei fundamental.²⁸ O que, aplicado à Constituição, importa numa ligação com o próprio direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, contemplando-o como bem jurídico-penal de natureza supraindividual para cuja tutela o Direito Penal criou tipos próprios, estabeleceu crimes e cominou sanções a serem aplicadas na hipótese de violação da norma protetiva.²⁹

27 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires – Montevideo: Editorial B de f, 2002, p. 112-24. Para TOLEDO, op. cit., p. 15-6, o bem jurídico é tudo o que for “digno, útil, necessário, valioso”, e os bens jurídicos “são valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”

28 ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Trad. Diego-Manuel Luzón Penã et al., Madrid: Civitas, 1997, p. 45-6, define os bens jurídicos como fatores e “finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

29 GARCIA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 15-6 e 73, ao classificar o meio ambiente e o patrimônio cultural como bens supraindividuais, esclarece que “la protección de bienes jurídicos constituye el fin último del Derecho Penal”.

Na verdade, nestas situações o legislador está a elevar oficialmente à categoria de bem jurídico aquilo que na realidade social já se mostra como valorado. Assim, tal circunstância é intrínseca à norma constitucional, que está a retratar no que se constituem os fundamentos e os valores de determinada época, os quais não são propriamente criados por ela, mas proclamados em lei, dando-lhes a proteção jurídica. Então, aplicando-se tais conceitos ao *meio ambiente cultural*, teremos neste um objeto que é digno de proteção, que possui a necessidade de ser tutelado e que detém a capacidade de ser protegido penalmente.

Com efeito, após o longo percurso evolutivo já apreciado, a Lei nº 9.605/98 inaugura um sistema penal-ambiental que desponta como ramo específico a tipificar as condutas mais afrontosas contra o bem jurídico meio ambiente. De modo a proteger as parcelas desses objetos que, por serem fundamentais, rogam tal espécie de tutela, enquadrando-se no desiderato de realizar o princípio constitucional da prevenção pela tônica do Direito Penal, ora utilizado como um instrumento a mais, e o de maior força, para efetivar dita proteção.

Assim, a previsão da tutela penal está em harmonia com os objetivos perseguidos pelo direito ambiental, no qual os tipos da lei em pauta protegem como bem genérico o próprio meio ambiente, na sua função tuteladora de valores fundamentais e sancionadora das condutas lesivas aos bens mais caros.³⁰ Aqui, ela passa a ser invocada e determinada a partir do momento em que as barreiras de ordem civil e administrativa não mais revelam o devido juízo de suficiência e de eficácia na prevenção e repressão de ataques ao meio ambiente, mormente diante da finitude dos seus recursos, os quais são imprescindíveis para a humanidade.³¹

Neste sentido, com propriedade adverte Silva Sánchez que o “Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”, de modo que sua expansão está alinhada à aparição de novos objetos e também à “deterioração de realidades tradicionalmente abundantes”, mas que agora começam a escassear (como o meio ambiente). Além da própria evolução social e cultural que conduz a reanálise de certos bens já existentes, mas não tão estimados, como no caso do

30 COSTA NETO, Nicolao Dino C. e; COSTA, Flávio Dino C.; BELLO FILHO, Ney Barros. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15-6, 161-2 e 352; e PRADO, op. cit., p. 493.

31 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Alguns aspectos sobre a lei dos crimes ambientais, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 42, 2000, p. 227, ao arguir que devem ser redobradas as cautelas com a preservação ambiental, pela sua finitude e necessidade para a sobrevivência humana.

patrimônio cultural.³²

Com efeito, não se trata da banalização do direito penal, da criação de novos tipos e sanções ou de excessos. Mas, sim, da realização do preceito constitucional de tutelar os direitos fundamentais, perante o Estado, por meio dele e, inclusive, pelas vias punitivas. Já que o cidadão também tem o direito de ter os seus bens jurídicos de caráter fundamental protegidos em face da violência de seus pares.³³ Afinal, a lei não tem somente a função de zelar pelo indivíduo diante das opressões estatais, mas também possui a finalidade de proteger os direitos fundamentais. Mesmo que para tanto por vezes tenha de empregar o direito penal para exercer tal tutela, a qual deverá ser efetivada atenta aos princípios da proporcionalidade.

É nesse contexto que a ciência criminal é invocada, diante da importância, da gravidade e da universalidade dos objetos em questão, estando em consonância com o princípio da *ultima ratio* e justificada a sua intervenção em face das agressões a valores fundamentais que envolvem bem de uso comum do povo a rogar preservação. E que, no presente caso, revela-se por via do meio ambiente cultural, na sua conjuntura de bens culturais materiais e imateriais relevantes para a sociedade e para o direito, e cujo bem jurídico tutelado é, em suma, a própria preservação do patrimônio cultural.

Portanto, o objetivo aqui é o de proteger a identidade cultural de determinada comunidade, grupo ou nação por meio dessa categoria de bens, em sentido amplo. Além de assegurar seu desfrute pela coletividade, possibilitando-lhe o acesso, o desenvolver da personalidade e demais manifestações, cabendo ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de tais direitos. Ademais, outros tipos de benefícios são aferíveis, em especial para os bens edificados, à estética urbana, ao direito coletivo à paisagem, desfruto turístico e uso.³⁴

Por tais razões, concebendo o meio ambiente como direito fundamental, que se constitui num exercício de cidadania e num direito-dever *erga omnes*, podemos classificar o bem jurídico que tutela o patrimônio cultural como autônomo, de natureza difusa e material ou imaterial, sendo o seu titular a sociedade como um todo (função social). Assim, deve pre-

32 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, p. 27, referindo-se expressamente ao “patrimônio histórico-artístico”.

33 STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 53, 2004, p. 242-3.

34 SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 168-76, cita os bem sucedidos casos de Puerto Madeiro e do Pelourinho, que depois de revitalizados se tornaram locais de atração turística.

valecer o aspecto axiológico (cultura), em detrimento do econômico, para que se proteja o valor imanente ao bem cultural, cujo objeto lesado (v. g. a edificação) é apenas a *res* material sobre a qual recai a ação típica. De modo que os cânones penais do presente estão a garantir a proteção da cultura e dos valores oriundos do pretérito, preservando-os para a apreciação coletiva das gerações contemporâneas e futuras.

5 O DEVER DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O Direito Penal possui amplo vínculo com a Constituição, em especial por sua função de tutelar interesses e valores de relevo constitucional, cujo cerne fundamenta e delimita a atuação criminal e os poderes públicos, desempenhando duplo papel: limitador e protetivo das liberdades. Aqui, os bens jurídico-penais despontam como concreção real dos interesses pessoais e coletivos, diretos e indiretos, os quais, por sua importância, rogam uma proteção que seja máxima, mas proporcional. Essa que será exercida pela lei penal em face das condutas mais graves, enquanto risco ou lesão à subsistência do indivíduo e da sociedade.³⁵

Conforme Häberle, a Constituição opera como “a ordem jurídica fundamental de um Estado e de uma sociedade”, tanto limitando quanto autorizando o poder estatal; “regula não somente o Estado, mas também a sociedade em sua estrutura fundamental, transformando-a em ‘sociedade constituída’.”³⁶ E, aqui, alia-se a ela o Direito Penal que, segundo Paulo da Cunha, desempenha o papel de “braço armado da Constituição. Não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir à sociedade” e estruturar a ordem jurídica.³⁷

A Constituição, como estatuto político e lei maior de um Estado, representa sua primeira manifestação de política criminal, em torno da qual

35 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 83-6.

36 HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. *Justiça constitucional pressupostos teóricos e análises concreta*. TAVARES, André Ramos (Org.), Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 66-7.

37 CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime. da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 89-90. Na mesma linha, PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 23; CUNHA, Maria C. Ferreira da. *Constituição e crime. uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 118; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004; e MACHADO, Pedro Sá. Dos limites à política criminal no contexto jurídico-penal português: algumas questões fundamentais. *Direito penal e constituição. Diálogos entre Brasil e Portugal*, ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia; D'AVILA, Fábio Roberto e GIACOMOLLI, Nereu (Org.), Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 358.

se estruturará a legislação penal. Já o Direito Penal funda-se naquela, por ser formado por normas que ou são formalmente constitucionais ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Embora não contenha normas penais completas, a Constituição possui disposições que determinam, em parte, o conteúdo penal a ser seguido pelo legislador no momento de configurar condutas e sanções, como no mandado expresso de criminalização do art. 216, §4º, da CF.

Numa concepção de Estado Democrático de Direito, a Constituição tanto deve estabelecer limites ao poder punitivo como assegurar direitos fundamentais, para cuja consecução, por vezes, torna-se necessário o uso dos instrumentos penais, os quais devem se pautar de acordo com os valores constitucionais, a fim de que haja a devida correspondência entre o mal advindo pela prática do delito e o gerado pela restrição penal.

Com propriedade, anota Feldens que o discurso sobre a legitimidade do Direito Penal é, antes de tudo, “o discurso sobre a sua adaptação material à Constituição”, em que ambos compartilham uma relação axiológico-normativa. Aqui, ao mesmo tempo em que ela “garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal”. Contudo, tal natureza tem caráter duplo, pois tanto para a criminalização como para a descriminalização o legislador estará vinculado em certa medida, de modo que transita ele entre dois termos, o da plena liberdade e o das pautas que lhe são conferidas pela Constituição, sendo, pois, relativa e não total a sua discricionariedade.³⁸

Assim, a criminalização de condutas deve estar conformada à Constituição, diante dos reflexos daí advindos para os direitos fundamentais, na medida em que tanto os excessos como as ineficiências penais repercutem sobre o exercício das liberdades, já que estas não devem ser restringidas além da conta pelo rigor da intervenção, nem protegidas aquém do que deveriam por uma intervenção estatal deficiente ou omissa.

Dessa forma, o ônus do Estado em medir o âmbito da intervenção devida manifesta-se duplamente: nos direitos de defesa e nos deveres de proteção. De modo que a incidência penal deve estar orientada pelos valores constitucionais e pelo princípio da proporcionalidade, para tutelar objetos relevantes, frente a graves ofensas e com medidas que sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao fato.³⁹ De onde, a Constituição opera

38 FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-40.

39 PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos, in: *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. CARBONELL, Miguel (Org.), Madrid: Trotta, 2007, p.

sobre o Direito Penal o que Canotilho denomina de “função garantística” de direitos e liberdades, os quais, inseridos no catálogo daquela, lograram subtrair da livre disposição do soberano a titularidade e o exercício dos direitos fundamentais, vinculando o Estado nos elos político e jurídico.⁴⁰

Por sua vez, esta obrigação será adimplida pelo Direito Penal quando seus meios forem adequados e necessários, incorrendo outro meio de tutela eficaz para tais valores. Aqui, os direitos fundamentais acabam por exercer uma influência que legitima, mas também limita o direito penal. Esta, dentro de um patamar máximo; e aquela, como um padrão mínimo irrenunciável para incidir uma proteção eficiente.⁴¹

Assim, o modelo constitucional também reflete no penal, seja de forma *negativa*, ao limitar o legislador ordinário em determinado âmbito (v. g. vedando penas cruéis), como *positiva*, ao ordenar a criminalização de dadas condutas (v. g. os danos e as ameaças ao patrimônio cultural). Estabelece, pois, certas pautas para o Estado no seu direito de punir, vindo estas a adquirem a categoria de princípios constitucionais-penais que se irradiam pelo sistema e vinculam seus operadores. Diante do que, a formatação dos crimes e das penas não pode se constituir num ato de todo discricionário, pois recebe os influxos da Lei Magna e dos seus princípios; fazendo com que, apesar de amplo, o poder de legislar não seja pleno e esteja sujeito ao controle constitucional.⁴²

Conforme Roxin, a questão de saber quais qualidades uma conduta deve reunir para ser submetida à sanção penal é um problema que atormenta não apenas o legislador, mas também a ciência penal, assim como o princípio da proteção do bem jurídico como critério para a legitimação dos tipos criminais. Ocorre que o “conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica, através da qual se pode separar, desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”. Mas é apenas uma denominação “daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do direito penal”.⁴³

Portanto, partindo-se da premissa de que a Constituição abarca os postulados máximos de justiça que irradia e pretende impor, a categoria

229; CUNHA, Maria, op. cit., p. 127; e LOPERA MESA, Patricia, *Principio de proporcionalidad e ley penal*, Madrid: CEPC, 2006, p. 329-37.

40 CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1440.

41 FLACH, Michael Schneider. A estreita vinculação entre direito penal e constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, São Paulo, ano 10, nº 18, 2010, p. 205.

42 STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição. A legitimidade da função investigatória do ministério público*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34-6.

43 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993, p. 61.

de bem jurídico protegido penalmente deve ser cotejada com os princípios constitucionais no seu quadro de valores de maior relevância, mormente pela sua superioridade normativa no sistema. Afinal, como tal Carta é a “expressão concentrada do direito existente” numa determinada ordem social, na qual se insere a “concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente”, a partir dela poderão ser abstraídos os principais bens a serem tutelados, o que em dadas circunstâncias será exercida pela lei penal.⁴⁴

Ocorre que a Constituição não é apenas rol dos principais bens que serão criminalizados, mas também abriga princípios básicos da vida em sociedade, que consagram os direitos fundamentais e que se constituem em cláusulas pétreas não derogáveis. Daí derivam limites que, em matéria penal, o legislador ordinário não poderá romper (para mais ou menos), de onde a Constituição opera como a base e o topo do processo criminalizador, o qual tem como sua fonte principal os bens constitucionais, colhidos após uma filtragem valorativa.

Para tanto, o princípio da proporcionalidade figura como garantidor do exercício dos direitos fundamentais, de modo duplo e equilibrado, norteador do legislador para que o cidadão esteja imune aos exageros e deficiências da lei penal, no tocante aos objetos mais relevantes. Aqui, a ferramenta orientadora na “caracterização dos bens merecedores de tutela penal será a Constituição, índice primário, ainda que não exclusivo” de relevo dos bens, para cuja defesa de agressões cabe a sanção, caso outros meios de controle sejam inexatos.⁴⁵

Assim, como nenhum campo do direito é imune à Constituição, o ordenamento constitucional desponta como referencial obrigatório e critério “regulativo da atividade punitiva do Estado”, do qual os bens jurídicos adquirem a devida tutela do direito penal por serem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.⁴⁶ A referência na Constituição é marco fundamental da necessidade de tutela do objeto, mas tal não se traduz em ônus de que

44 CARVALHO, M. Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 33-48. Ver LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 173-7.

45 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n° 4, 1994, p. 197-8.

46 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 66-7. Ver D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 70-2; e ANTUNES, Maria João. Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal. In: *Direito Penal e Política Criminal*. D'ÁVILA, Fábio Roberto e SANTOS, Daniel Leonhardt (Org.), Porto Alegre: EdPUCRS, 2016, p. 62-3.

esta proteção se efetive por meio penais. Porém, observado o filtro da proporcionalidade e vencidos os requisitos que limitam a intervenção penal, a especial valia do bem somada à ofensividade do ataque são circunstâncias determinantes do dever de protegê-lo penalmente.⁴⁷

Na espécie, entendemos ser exatamente este o caso do patrimônio cultural, o qual foi previamente demarcado como de valor substancial pela Constituição de Portugal e do Brasil, sendo que aqui ainda recebeu o reforço de mandado expresso de criminalização, como forma de determinar a adequação e necessidade de sua tutela pelo instrumento de maior rigor, consistente no direito penal.

6 ANÁLISE COMUM DOS SISTEMAS

Alguns pontos em comum podem ser verificados, em especial que estamos diante do mesmo bem jurídico, enquanto objeto de proteção. Contudo, parece despontar que os níveis de proteção fornecidos pelo sistema português são mais fortes e, portanto, tendem a ser mais eficientes para cumprir a sua finalidade.

Primeiramente, em termos de direito civil e administrativo, o Brasil ainda tem como seu principal instrumento um decreto de mais de oito décadas, aliado a outras previsões em legislação esparsa. Contudo, não conta com estatuto de proteção do patrimônio cultural, a exemplo das leis de bases portuguesas, ou de outras fontes de direito local que protegem determinadas categorias de indivíduos e bens jurídicos.

A existência de três tipos penais na Lei 107/2001, ainda que com objetos diversos, aproxima-se em alguma medida das quatro figuras da Lei nº 9.605/1998. Porém, as fontes de tutela não estão restritas à lei extravagante e a nota diferencial parece ser a forma com que o Código Penal Português protege um dos principais atentados ao patrimônio cultural, consistente no crime de dano.

Na espécie, a sanção pode chegar até 8 anos, enquanto no Brasil quem destruir bem especialmente protegido estará sujeito à pena máxima de apenas 3 anos.⁴⁸ Em que pese a aparente incidência de uma proteção de-

47 FLACH, Michael Schneider. A relação entre bem jurídico-penal e constituição. *Revista Sistema Penal e Violência*, SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder, D'ÁVILA, Fábio, GIACOMOLLI, Nereu, Editor: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.), Porto Alegre, vol. 2, nº 1, jan./jun. 2010, p. 50-1.

48 Por óbvio que não se está a defender que a mudança passaria simplesmente pelo aumento da sanção penal, já que entendemos que a questão depende de uma atuação mais ampla no campo jurídico e legislativo.

ficiente no sistema local, o quadro chama mais atenção se verificarmos as sanções impostas aos crimes contra o patrimônio e que atingem o direito de propriedade.

Basta ver que o furto simples, a apropriação indébita ou a receptação possuem sanção de até 4 anos, enquanto as figuras qualificadas de furto são punidas com pena de 2 a 10 anos, e a de receptação de 2 a 8 anos de reclusão. Assim, parece evidente a desproporção frente à tutela penal dos bens culturais.⁴⁹ Ainda, considerando-se a baixa densidade sancionatória em relação aos crimes contra o patrimônio cultural, cuja maior pena reside no art. 62 da Lei nº 9.605/1998, o qual comina reclusão de 1 a 3 anos, para quem destruir patrimônio cultural, quer nos parecer inafastável uma incidência de tutela eficiente.

Afinal, todos os quatro delitos culturais⁵⁰ são passíveis, em tese, de suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, substituição da pena por medida restritiva e até mesmo de transação penal. Ou seja, o aniquilamento de um importante bem histórico e arquitetônico, como o de um casario em Ouro Preto/MG ou de parte das Ruínas de São Miguel/RS, tombados e até mesmo reconhecidos pela Unesco como patrimônios culturais da humanidade, pode ter o seu âmbito processual e penal solucionado por simples acordo, sem outras consequências. Enquanto os delitos menores, com menos repercussão nos interesses da sociedade, como simples furto e receptação, acabam por receber proteção penal muito maior, diante do nível de punição previsto em lei.

Em sentido oposto, a lei portuguesa conferiu proteção similar àque-la dos crimes patrimoniais e ainda agregou a tais tipos previsões específicas no caso de atingirem bens integrantes do patrimônio cultural. Pelo seu Código Penal, o furto qualificado de bem móvel com valor artístico ou histórico é punido com prisão de 2 a 8 anos, já na hipótese de roubo de objeto deste nível a pena será de 3 a 15 anos de prisão.⁵¹

49 O dano qualificado tem pena de 6 meses a 3 anos. Mas furtar ou receptar um semovente tem a pena de 2 a 5 anos. Se o veículo furtado for para outro Estado, a pena é de 3 a 8 anos. Já a destruição de importante objeto cultural, bem mais valioso que o automóvel ou um bovino, é punido com sanção máxima de 3 anos. Mesma pena mínima do art. 311 do CPB, delito contra a fé pública: “adulteração de sinal de veículo automotor”, e que também interessa e envolve direito e bem patrimonial, com reclusão de 3 a 6 anos, agravável em 1/3 nos §§ 1º e 2º. Ainda, no furto de explosivos ou com o uso destes a pena é de 4 a 10 anos. Mas se um bem cultural for destruído por explosão?

50 Artigos 62, 63, 64 e 65 da Lei nº 9.605/1998, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

51 Artigo 204º. Furto qualificado. 2 - Quem furtar coisa móvel alheia: a) De valor consideravelmente elevado; [...] d) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em coleção ou exposição públicas ou acessíveis ao público; é punido

Portanto, verifica-se que no ordenamento lusitano o patrimônio comum e o cultural possuem grandezas simétricas, no tocante ao tipo de proteção penal. E, ainda, que os demais instrumentos legislativos de tutela dos bens culturais estão estruturados de forma suficiente, em atenção ao comando maior da sua Constituição. Exemplo este a ser estudado e adaptado à nossa legislação penal pátria, para que possam cumprir o mandamento constitucional da devida e eficiente proteção do patrimônio cultural brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, tanto no sistema brasileiro como no português, o constituinte passou a proteger o meio ambiente, o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, destacando a importância e mesmo a ligação entre tais valores, os quais ostentam especial grau de proteção, por meio do emprego de diversos mecanismos, inclusive os de direito penal.

A questão a ser determinada é se o âmbito protetivo conferido pelos ilícitos dos artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605/1998 e pelo conteúdo da legislação esparsa é suficiente o bastante para entregar uma tutela eficaz, nos termos requeridos pelo art. 216 da Constituição Federal, ao grifar a especial valia do patrimônio cultural. Também deve ser verificado se a dimensão sancionatória conferida pelo legislador é proporcional em relação às grandezas envolvidas, quando colocamos o bem jurídico “patrimônio” lado a lado com o “patrimônio cultural”. E, isso, tomando por base as sanções cominadas para esta categoria de crimes, em relação àquela espécie de delitos previstos no Código Penal do Brasil, como furto e receptação.

Por sua vez, pode-se perceber que além de possuir um estatuto próprio para proteção de bens culturais, inclusive com tipos penais, Portugal também mantém previsões próprias no seu Código Penal, destacando-se o patamar das penas atribuídas no caso de dano contra objeto cultural, a qual não é inferior aos bens comuns, acrescido de tipos de furto e roubo contra bem móvel cultural.

Importante observar que o patrimônio privado se trata de bem individual e o público é do ente estatal, enquanto o patrimônio cultural se

com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 210º. Roubo. 1 - Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair, ou constranger a que lhe seja entregue, coisa móvel alheia, por meio de violência contra uma pessoa, de ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física, ou pondo-a na impossibilidade de resistir, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - A pena é a de prisão de 3 a 15 anos se: [...] b) Se verificarem, singular ou cumulativamente, quaisquer requisitos referidos nos nºs 1 e 2 do artigo 204º [...].

trata de bem difuso, coletivo e transindividual, interessando a cada um dos membros da sociedade⁵², além da própria função memorativa⁵³ que encerra, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁴ Portanto, era de se esperar, no mínimo, uma equivalência no nível de proteção penal dos bens culturais, frente ao zelo legislativo demonstrado para com o patrimônio.

Tanto é que, assinala Nabais, por ser uma tarefa fundamental do Estado, a sua proteção acaba sendo tanto um direito como um dever fundamental de todos, de acesso, fruição, preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural, o qual vem a se conectar à própria realização da dignidade da pessoa humana, e cujo exercício deve ser assegurado, ponderando-se eventuais interesses em conflito.⁵⁵ Acrescenta Canotilho, tratar-se de direito “com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias”, cujo âmbito de proteção não pode ser vulnerado nem pelo Estado, nem por particulares.⁵⁶

Assim, parece-nos que o sistema lusitano é mais eficaz e atende de maneira correta ao comando constitucional de tutela de tais valores, nas várias áreas de direito envolvidas. Mas quanto ao ordenamento pátrio, o que esperar ou modificar? Por certo, deve ser aperfeiçoado como um todo, podendo, para tanto, valer-se do catálogo português e de outros ordenamentos que logram o objetivo fundamental de proteger tão importante bem jurídico.⁵⁷

52 SOUZA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, T. I. RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins (Org.), Lisboa: Petrony, 2018, p. 102, explica que os “interesses difusos pertencem, na feliz expressão de CAPPELETI, ‘a todos e a ninguém’, por que os bens jurídicos a que se referem – como, por exemplo, o meio ambiente, o patrimônio cultural [...] – são de todos [...] ‘todos têm direito a fruição dos valores que integram o patrimônio cultural’.”

53 O “direito à memória” é reconhecido enquanto princípio orientador pelo art. 1º, VI, da Lei nº 12.343/2010, que institui o Plano Nacional de Cultura e cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais.

54 PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. Art. 1.228, § 1º, do Código Civil. Art. 19, Caput e § 3º, do Decreto-Lei 25/1937. Função Memorativa do Direito de Propriedade. Obrigações do Proprietário e do Estado. Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO. Cidade do Rio de Janeiro. Imóvel Tombado. Limitação Administrativa. Ônus da Prova da Falta de Condições Financeiras para a Restauração. (REsp 1791098/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/08/2019).

55 NABAIS, Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 105-8.

56 CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 476. Idem MIRANDA, op. cit., p. 471-8, sobre o meio ambiente.

57 Da mesma forma, é fundamental a reflexão e o engajamento neste sentido e em termos do Rio Grande do Sul, daqueles que defendem as pautas ligadas ao patrimônio cultural, seja material ou imaterial, e a sua conexão com a nossa história, geografia, literatura, artes e os costumes.

O que nos remete a uma reflexão final: de tantas influências capturadas por nossa cultura, modo de vida e sociedade enquanto colônia multissecular, bem que poderíamos, e ainda poderemos, valer-nos dos feitos e efeitos positivos irradiados pelo sistema do nosso outrora colonizador. De modo que urge e está em boa hora de espelharmos e adaptarmos ao contexto nacional um modelo que tem se mostrado bem sucedido em cumprir a sua função constitucional de tutela dos valores culturais, missão esta que a nós toca adimplirmos.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Maria João. Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal. direito penal e política criminal. In: *Direito Penal e Política Criminal*. D'ÁVILA, Fábio Roberto e SANTOS, Daniel Leonhardt (Org.). Porto Alegre: EdIPUCRS, 2016.
- BORGES, Marco Antônio. O tombamento como instrumento jurídico para a proteção do patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.22, 2001.
- CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL MATEU. Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CARVALHO, Maria Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- CARVALHO, Paulo. *Patrimônio cultural, ordenamento e desenvolvimento: uma nova visão e valorização do território*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José; MILARÉ Édis. *Direito penal ambiental. Comentários à lei nº 9.605/98*. Campinas: Millenium, 2002.
- COSTA NETO, Nicolao Dino Castro e; COSTA, Flávio Dino Castro; BELLO FILHO, Ney Barros. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – alguns aspectos. *Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público da Defesa do Patrimônio Cultural*, Goiânia, 2003.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime. Da substancial constitucionabilidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n° 4, 1994.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995.
- FLACH, Michael Schneider. A intervenção estatal no direito de propriedade e a salvaguarda de bens culturais. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, ano V, n° 18, jun., 2018.
- FLACH, Michael Schneider. Panorama sobre a evolução histórica dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural. *Revista do Ministério Público RS*, Porto Alegre, n° 80, mai.-ago., 2016.
- FLACH, Michael Schneider. Patrimônio cultural, proteção e meio ambiente. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. Caxias do Sul: Plenum, n° 12, set.-dez., 2015.
- FLACH, Michael Schneider. A estreita vinculação entre direito penal e constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, São Paulo, ano 10, n° 18, 2010.
- FLACH, Michael Schneider. A relação entre bem jurídico-penal e constituição. *Revista Sistema Penal e Violência*, SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder, D'ÁVILA, Fábio, GIACOMOLLI, Nereu, Editor: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.), Porto Alegre, vol. 2, n° 1, jan.-jun., 2010.
- FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a proteção do patrimônio cultural no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n° 78, set.-dez., 2015.
- FLACH, Michael Schneider. Crime e dano ao patrimônio cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 85, ago.-set., 2019.
- FLACH, Michael Schneider. *Dos delitos contra o patrimônio cultural e o ordenamento urbano na lei dos crimes ambientais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

- FLACH, Michael Schneider. O delito do art. 62 da lei dos crimes ambientais enquanto dano ao patrimônio cultural. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul: Plenum, v. 9, nº 25, jan.-abr., 2020, p. 195-212.
- FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000.
- GARCIA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. *Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análises Concreta*. TAVARES, André Ramos (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente pelo direito penal. Trad. Carlos Vanconcelos, *Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT*, Brasília, ano 6, nº 12, p. 213-28, 1998.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.
- LOPERA MESA, Patricia. *Principio de proporcionalidad e ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MACHADO, Pedro Sá. Dos limites à política criminal no contexto jurídico-penal português: algumas questões fundamentais. *Direito Penal e Constituição. Diálogos Entre Brasil e Portugal*, ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia; D'AVILA, Fábio Roberto e GIACOMOLLI, Nereu (Org.). Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Alguns aspectos sobre a lei dos crimes ambientais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 42, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires – Montevideo: Editorial B de f, 2002.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do tombamento comentada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- NABAIS, Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almeida, 2010.
- NEVES, Antônio Brito. Tutela penal do patrimônio cultural. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 4, 2016.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PAULO, Laura Dias Rodrigues. *A participação popular no processo de eleição de bens culturais*. Limeira: Conhecimento, 2020.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2005.
- PRADO. Luiz Regis *et al.* Crimes contra o patrimônio cultural. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 4, p. 165, jan., 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. CARBONELL, Miguel (Org.), Madrid: Trotta, 2007.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, José E. Ramos. Evolução da proteção do patrimônio cultural. crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, ano 3, nº 11, São Paulo: RT, jul.-set., 1998.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: RT, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Trad. Diego-Manuel Luzón Penã *et al.* Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993.
- SARONI Fernando; DARÓS Vital. *História das civilizações*. São Paulo: FTD, 1979.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUZA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*, Tomo. I. RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins (Org.), Lisboa: Petrony, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 53, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição. A legitimidade da função investigatória do ministério público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

Recebido em 29/05/2020

Aprovado em 11/12/2020